Die Ausfallbürgschaft

unter Abgrenzung von der

Ausfallgarantie.

✣

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg a. d. Lahn

vorgelegt von

Bernhard Schröder

Gerichtsreferendar

aus Berlin.

Marburg 1931.

Gedruckt in der Dissertationsdruckerei Robert Kleinert, Quakenbrück

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 2. Mai 1931.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. jur. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Benutztes Schrifttum.

Bindewald: Der Garantievertrag auf Forderungsausfall. Greifswalder Dissertation 1911.

Blume: Novation, Delegation und Schuldübertragung. 1895.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band. 1913.

Dernburg: Pandekten. II. Band. 1903.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Auflage. 1910.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. 25. bis 29. Auflage. 1926.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 2. 23. bis 27. Auflage. 1927.

Fick: Schweizer Obligationen-Recht. I. Auflage, 1911.

Haarmann: Die Selbstschuldausfallbürgschaft des Bankiers. Leipziger Dissertation. 1907.

Hafenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.

Hellwig: Wesen und subjektive Abgrenzung der Rechtskraft.

Koch-Schütz: Bankgeschäftliches Formularbuch.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band II, 1, 1906.

Koschaker: Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht. 1911.

Levy: Sponsio, fidepromissio, fideiussio. 1907.

Meinrath: Der Garantievertrag. Rostocker Dissertation. 1910.

Mitteis-Wilcken: Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde. Band II: Juristischer Teil.

Morgner: Die Einrede der Vorausklage. Leipziger Dissertation 1910.

Motive zum BGB., Band II, Schuldverhältnisse. 1888.

Oertmann: Schuldverhältnisse, Komm. V. Auflage. 1929

Oertmann: Die Ausbietungsgarantie. Deutsche Juristenzeitung 1919, S. 228 ff.

Ofer: Das Obligationenrecht. 1915.

Partsch: Griechisches Bürgschaftsrecht. Band I, 1909.

Planck: Komm. zum BGB. 4. Auflage. 1928.

Protokolle zum BGB.-Entwurf. Band I. 1897.

Rabel: Grundzüge des römischen Privatrechts, in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Band I, S. 399 ff.

Reichsgerichtsräte-Komm. zum BGB. 6. Auflage. 1928.

Roth: Ueber das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen bei der Kontokorrentbürgschaft. Leipziger Zeitschrift 1910, S. 355 ff.

Schröder-Künßberg: Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte. 6. Auflage. 1922.

Schwenke: Die Schadlosbürgschaft. Erlanger Dissertation. 1912.

Seuffert: Komm. zur ZPO. 8. Auflage.

Siber: Römisches Recht. Band II: Römisches Privatrecht. 1928.

Soergel: Komm. zum BGB. 4. Auflage. 1929.

Stammler: Der Garantievertrag. Arch. f. ziv. Praxis. 69, S. 1 ff.

Staub-Koenige: Komm. zum HGB. 9. Auflage. 1913.

Staudinger: Komm. zum BGB. 7.—8. Auflage. 1912—1914.

Stillschweig: Die Ausbietungsgarantie. Juristische Wochenschrift 1914, S. 334 ff.

Stobbe-Lehmann: Handbuch des Deutschen Privatrechts. 3. Bd. 3. Auflage. 1898.

von Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band II, 2. 1918.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Band II.

Zschaler: Zum Unterschied von Ausbietungsgarantie und Bürgschaft. Leipziger Zeitschrift 1919 (13), S. 840 ff.

Außerdem Entscheidungen aus allen einschlägigen Sammlungen und Zeitschriften.

Inhaltsübersicht.

Seite:

§ 1. Einleitung. 1

1. Kapitel.

§ 2. Geschichte der Subsidiarität der Bürgenhaftung, insbesondere der Ausfallbürgschaft. 2

I. Assyrisch-babylonisches Recht. 2

II. Griechisch-helleniſtisches Recht. 3

III. Römisches Recht. 5

IV. Germanisches und mittelalterliches Recht. . . . 6

V. Das Recht der Partikulargesetzgebung der Neuzeit. . 10

VI. Das Recht des BGB. 10

VII. Das Schweizer Obligationenrecht. 11

2. Kapitel.

§ 3. Begriff der Schadlosbürgschaft, insbesondere der selbstschuldnerischen Schadlosbürgschaft. 12

I. Allgemeine Begriffsbestimmung. 12

II. Die einzelnen Begriffsmerkmale: 13

1. Die besonderen Begriffsmerkmale der Ausfallbürgschaft als solcher: 14

a) bei der normalen Ausfallbürgschaft; . . . 14

b) bei den besonderen Formen der Ausfallbürgschaft, den sogen. selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaften. 17

2. Die allgemeinen Begriffsmerkmale der Schadlosbürgschaft als Sonderform der schlichten Bürgschaft. 23

III. Gesetzliche Ausfallbürgschaften. 24

3. Kapitel.

Seite:

Abgrenzung von verwandten Fällen einer Ausfallhaftung Dritter 24

§ 4. 1. Abgrenzung von der Ausfallgarantie. 25

I. Das Problem der begrifflichen Selbständigkeit von Ausfallbürgschaft und Ausfallgarantie. 25

II. Erörterung der einzelnen Lösungsversuche: . . . 27

1. Unterscheidung je nach dem, ob Haftung auf Erfüllung oder auf Schadenersatz. 27
2. Unterscheidung nach dem Maß der Garantenhaftung. 29
3. Unterscheidung nach der Person der Kontrahenten. 29
4. Unterscheidung nach der Interessenverteilung. . 30
5. Unterscheidung je nach dem, ob die Haftung eine akzessorische ist oder nicht. 31

III. Das Ergebnis. 38

§ 5. 2. Abgrenzung von der Ausfallhaftung als Nebenpflicht aus einem Hauptvertrag. 39

4. Kapitel.

§ 6. Die Schriftform. 40

I. Die unterschiedliche Behandlung von Ausfallbürgschaft und Ausfallgarantie mit Bezug auf die Form. . . 40

II. Inhalt der Bürgschaftsurkunde: 42

1. Insbesondere Notwendigkeit der Schriftform für die Abrede der Ausfallhaftung? 43
   a) bei der normalen Ausfallbürgschaft, . . . 44
   b) bei der sogen. selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft. 45
2. Beweislast bezüglich der Ausfallabrede. . . . 46

5. Kapitel.

Pflichten der Parteien. 47

§ 7. 1. Sorgfaltspflicht des Gläubigers. 47

I. Gründe für das Bestehen einer solchen Sorgfaltspflicht. 47

II. Inhalt der Sorgfaltspflicht. 50

Seite:

§ 8. 2. Voraussetzung und Umfang der Haftung des Ausfallbürgen. 51

I. Voraussetzungen der Haftung: 51

1. bei der normalen Ausfallbürgschaft, ... 51

2. bei der sogen. selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft. 53

II. Umfang der Haftung: 53

6. Kapitel.

§ 9. Einreden des Bürgen. 55

7. Kapitel.

§ 10. Befreiungsanspruch. Rückgriff gegen Hauptschuldner und Mitbürgen. 57

I. Befreiungsanspruch. 57

II. Rückgriff gegen den Hauptschuldner und Mitbürgen. 58

8. Kapitel.

§ 11. Eigentliche und uneigentliche Erlöschungsgründe. . . 59

I. Eigentliche Erlöschungsgründe. 59

II. Uneigentliche Erlöschungsgründe: 60

1. Untergang der Hauptverpflichtung. 60

2. Wegfall einer vorhaftenden dinglichen Sicherheit, eines vorhaftenden schlichten Bürgen, Wegfall des Liquidationsverfahrens bei selbstschuldnerischer Ausfallbürgschaft. 60

3. Sonstige uneigentliche Erlöschungsgründe. . . 62

III. Erlöschungsgründe für die Haftung des Ausfallbürgen auf Zeit. 62

§ 12. Zusammenfassung. 63

Anhang: Formular für eine Ausfallbürgschaft. 65

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0103

§ 1.

Einleitung.

Bürgschaftsverträge werden nicht selten in folgender Form abgeschlossen: Der Bürge B. verpflichtet sich dem Gläubiger G. gegenüber, für den Ausfall einzustehen, den dieser bei Eintreibung seiner Forderung gegen den Schuldner S. erleiden wird. Beim Vorliegen einer solchen Vereinbarung will regelmäßig der Bürge im Unterschied zu dem gewöhnlichen Bürgschaftsvertrag nicht ohne weiteres für die gesicherte Forderung einstehen, sondern erst, wenn und insoweit ein Ausfall sich für den Gläubiger ergeben hat.

In einer solchen Vereinbarung wird ein wesentlicher Bestandteil der gesetzlichen Bürgschaft, nämlich der der nur hilfsweisen (subsidiären) Haftung des Bürgen mit der Einrede der Vorausklage besonders zum Ausdruck gebracht. Vorheriges ergebnisloses Vorgehen gegen den Hauptschuldner ist Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Bürgen geworden.

Dieser Gedanke der Subsidiarität, wie er in der Gestalt der Ausfall- oder Schadlosbürgschaft — so wird diese Bürgschaft üblicherweise bezeichnet — seine Ausprägung erfahren hat, ist keineswegs ein der Bürgschaft von jeher innewohnender Wesenszug gewesen. Er ist vielmehr das Ergebnis einer fortgeschrittenen Entwicklung des Bürgschaftsrechts, einer Entwicklung, die mit der prinzipalen Haftung des Bürgen, der Haftung anstelle des Hauptschuldners, beginnt.

1. Kapitel.

§ 2.

Geschichte der Subsidiarität der Bürgenhaftung, insbesondere der Ausfallbürgschaft.

Die Entwicklung der Stellung des Bürgen weist im assyrisch-babylonischen, griechischen und hellenistischen Recht und andererseits im germanischen Recht mannigfache Verwandtschaften auf. Diese Rechte stehen vermöge des ihnen ursprünglich eigentümlichen Satzes der Alleinhaftung des Bürgen im Gegensatz zum römischen Recht, das — jedenfalls in seiner entwickelteren Gestalt — von dem dem modernen Recht eigenen Grundsatz der Haftung des Bürgen neben dem Hauptschuldner ausgeht.

Das altbabylonische Recht[1]) kennt, wie man aus den wenigen überkommenen Urkunden und auf Grund eines Vergleichs mit dem genauer bekannten jüngeren Recht dieses Rechtskreises schließen darf, eine direkte Haftung des Bürgen vor dem Hauptschuldner. Es besteht auch eine gewisse Vermutung dafür, daß der Schuldner durch die Bürgschaft dem Zugriff des Gläubigers entzogen wurde, so daß sich dieser nur noch an den Bürgen halten konnte[2]).

Sicherer läßt sich diese Gestaltung der Bürgenhaftung im neueren babylonischen Recht nachweisen. Der Bürge übernimmt hier die Verpflichtung, entweder dafür zu sorgen, daß der Schuldner zur Erfüllungszeit am Erfüllungsort verbleiben und dem Gläubiger zur Verfügung stehen werde — sog. Stillsitzbürgschaft[3]) —, oder darüber hinausgehend, daß er den Schuldner stellen und ausliefern werde — sog. Gestellungsbürgschaft[4]) —. Der Inhalt der Bürgenverpflichtung ist demnach ein durchaus anderer wie der der Hauptschuld: Der Hauptschuldner schuldet Erfüllung ohne

[1]) Zum babylonischen Recht vergl. Koschaker.
[2]) Koschaker S. 6, 24.
[3]) Koschaker S. 50 ff.
[4]) Koschaker S. 50 ff.

zu haften, dem Gläubiger war der direkte Zugriff auf den Schuldner verschlossen. Er konnte sich nur an den Bürgen halten. Anderenfalls wäre das Institut der Selbstbürgschaft des Schuldners, das sich in babylonischen Urkunden findet, unerklärlich[5]). Der Bürge garantiert die Exekutionsbereitschaft des Schuldners und verspricht, soweit der Schuldner nicht erfüllt, seine eigene Auslieferung. Geht nun der Schuldner die gleiche Verbindlichkeit ein, so kann das nur bedeuten, daß er für den Fall der Nichterfüllung sich selbst zur Vollstreckung ausliefern werde. Es läßt sich demnach sagen — wie Koschaker feststellt[5]) —, daß für das babylonische Recht dieselbe Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung zu machen ist, wie sie von der germanistischen Forschung für das germanische Recht nachgewiesen ist[6]): Der Schuldner schuldet die Leistung, der Bürge haftet mit der Person und später auch mit dem Vermögen für die Herbeiführung der Leistung durch den Schuldner; jedoch kann der Schuldner eine eigene Haftung durch Selbstbürgschaft begründen. Allmählich entwickelte sich die Befugnis des Bürgen, die eigene Haftung durch Angebot der Erfüllung an den Gläubiger abzuwenden[7]). Dieses subsidiäre Erfüllungsrecht wird sich in der Folgezeit in eine subsidiäre Erfüllungspflicht gewandelt haben[8]). Das babylonische Recht weist in seiner jüngsten Gestalt deutlich die Grundlagen auf, auf denen sich die akzessorische Haftung des Bürgen neben dem Hauptschuldner mit gleichem Schuldinhalt entwickeln konnte, wie sie sich im römischen und modernen Recht findet[9]).

Eine entsprechende Gestaltung der Bürgschaft läßt sich für das assyrische Recht vermuten[10]), insbesondere findet sich auch dort das Institut der Selbstbürgschaft.

Die Gestaltung der Bürgenhaftung im griechisch-hellenistischen Recht[11]) weist mit der des babylonischen Rechts mannigfache Verwandtschaften auf. Im altgriechischen Recht haftet der Bürge wie ein Verfallpfand.

---

[5]) Koschaker S. 107 ff.
[6]) Vergl. die unten zum germanischen Recht angegebene Literatur.
[7]) Koschaker S. 75 f.
[8]) Koschaker S. 76 f.
[9]) Koschaker S. 78.
[10]) Koschaker S. 240.
[11]) Vergl. Partsch und Mitteis, Bd. II, 1 S. 264 ff.

Er steht auch hier dafür ein, daß der Schuldner leisten werde, steht also als Hafter im Gegensatz zum bloßen „Schuldner“[12]). Es fehlt bei der altgriechischen Bürgschaft wie bei der des babylonischen Rechts das Nebeneinander von Bürgschaft und Hauptschuld[13]). Da die Bürgschaft als Verhaftung für irgendeinen Erfolg wirksam ist, also den Garantievertrag mitumschließt[14]), setzt die Bürgschaft zur Sicherung einer Schuld nicht voraus, daß der Schuldner selbst vom Gläubiger in Anspruch genommen werden kann[15]). Im Einklang hiermit läßt sich — gestützt auf eine Analogie zum germanischen Recht[16]) — wenigstens hypothetisch die Existenz einer Selbstbürgschaft mit dem Inhalt und Sinn vermuten, wie sie für das babylonische Recht geschildert wurde[17]). Wie im babylonischen Recht, so hat sich jedoch, wie die Papyri zeigen, im späteren griechischen und hellenistischen Recht[18]) die Befugnis des Bürgen herausgebildet, sich Selbstleistung vorzubehalten, und darüber hinaus ein Recht des Gläubigers, den Bürgen zunächst auf Erfüllung zu belangen. Damit hat das spätgriechische Recht schon fast völlig den Zustand des klassischen römischen Rechts erreicht. Es gibt eine akzessorische Haftung des Schuldners neben dem Bürgen mit gleichem Inhalt. Im Gegensatz zum klassischen römischen Recht finden sich jedoch im Recht der Papyri die deutlichen Ansätze zu einer subsidiären Haftung des Bürgen insofern, als sich allmählich die Notwendigkeit vorheriger Zahlungsaufforderung entwickelte[19]). Zwar handelte es sich nicht um das Erfordernis einer Vorausklage im Sinne des justinianischen Rechts, aber es bedurfte jedenfalls im Prozeß einer Behauptung des Gläubigers dahingehend, daß der Schuldner selbst nicht leiste. Ob darüber hinaus der Beweis ausgebliebener Zahlung, d. h. insbesondere fruchtloser Mahnung, erforderlich war, ist unsicher. Denkbar wäre es auch, daß der Gläubiger noch günstiger gestellt war, indem seiner

---

[12]) Partsch S. 12 ff.
[13]) Partsch S. 18.
[14]) Partsch S. 179, 191.
[15]) Partsch S. 76.
[16]) Vergl. unten S. 9.
[17]) Partsch S. 74 f.
[18]) Partsch S. 76; Mitteis S. 267.
[19]) Hierzu und zum Folgenden Partsch S. 188 ff., besonders 190; ferner Mitteis S. 267 f.

Behauptung der Nichtzahlung gegenüber dem Bürgen lediglich die Möglichkeit des Gegenbeweises erfolgter Zahlung blieb. Die Mahnung selbst erfolgte in älterer Zeit offenbar dadurch, daß der Gläubiger den Bürgen zur Gestellung des Schuldners aufforderte, später durch direkte Mahnung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner.

Einen anderen Entwicklungsgang weist demgegenüber die Geschichte der Bürgenhaftung im römischen Recht auf. Für die älteste Zeit ist auch hier Alleinhaftung des Bürgen für die Schuld des nicht haftenden Schuldners anzunehmen. Darauf deutet noch die Haftung der praedes praediaque, der Bürgen und Pfänder für die Forderungen des Staates als Gläubigers aus Zollverpachtung u. ä.[20]). Dies macht unwahrscheinlich, daß der Privatgläubiger besser gestanden hätte als der Staat. Offenbar gab es zunächst auch privatrechtlich keine unmittelbare Schuldnerhaftung. Selbst die Klassiker halten ferner zuweilen noch debitum (Schuld) und obligatio (Haftung und Pfand) auseinander. Das entwickeltere römische Recht kennt freilich nur eine akzessorische Haftung des Bürgen teils neben, teils nach dem Hauptschuldner mit gleichem Schuldinhalt. Es hat dabei nacheinander drei Formen der Bürgschaft entwickelt: die sponsio, fidepromissio und fideiussio[21]).

Sponsio und fidepromissio galten nur für Verbalobligationen; die sponsio konnte nur von römischen Bürgern eingegangen werden, die den Verkehrsbedürfnissen stärker angepaßte fidepromissio auch von Peregrinen. Inhaltlich zeigen beide Formen jedenfalls für die hier den Gegenstand der Darstellung bildende Frage der Subsidiarität der Bürgenhaftung keine Unterschiede. Bei beiden kann von Subsidiarität keine Rede sein. Hierin liegt ein bedeutsamer Unterschied vom griechisch-hellenistischen Recht. Im übrigen standen die Forderungen auf dieselbe Leistung so nebeneinander, daß man von mancher Seite jeden Unterschied zwischen Gesamtschuldnerschaft und Sponsionsbürgschaft geleugnet hat[22]). Jedoch liegt es nahe, mit Levy[22]) anzunehmen, daß sich wenigstens gewohnheitsmäßig eine Subsidiarität der Bürgenhaftung herausgebildet hat, auf der dann die spätere Gesetzgebung, die Novelle 4 Justinians,

---

[20]) Siber S. 161 f.; Rabel S. 491.
[21]) Vergl. Gaius III § 115—116.
[22]) Levy S. 40 ff., bes. S. 44.

aufbauen konnte. Es galt offenbar für unanständig, den Sponsor vor dem Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen. Versuchte der Gläubiger nicht vorerst eine Befriedigung beim Schuldner, so konnte dieser — jedenfalls wenn hierin die Absicht der Kränkung hervortrat — mit der actio iniuriarum gegen den Gläubiger vorgehen, die diesen infamierte[23]).

In klassischer Zeit wurden die beiden nur für Verbal-Obligationen geltenden Bürgschaftsformen durch die für alle Schuldformen zulässige fideiussio ergänzt. Auch bei ihr ist die Haftung des Bürgen bis zur Zeit Justinians keine hilfsweise. Der Gläubiger konnte nach seiner Wahl auf den fideiussor oder auf den Schuldner greifen[24]). Es mag sein, daß dieses Wahlrecht vielfach durch Parteivereinbarung dahin eingeschränkt wurde, daß der Gläubiger zunächst die Pflicht hatte, gegen den Hauptschuldner vorzugehen[25]). Von gesetzeswegen bestand eine Subsidiarität nicht[26]). Ging der Gläubiger gegen den Bürgen oder gegen den Hauptschuldner vor, so hatte das nach der Gestaltung des römischen Zivilprozesses zur Folge, daß mit der litis contestatio die Möglichkeit, den anderen Teil als Korrealschuldner, sei er Bürge oder sei er Schuldner, auf Leistung zu belangen, verloren ging. Die Prozeßkonsumtion brachte den Gläubiger in eine überaus mißliche Lage; griff er den schlechter Zahlungsfähigen heraus, so war ein Zurückgreifen auf den anderen nicht mehr möglich[27]).

Es ist anzunehmen, daß nicht zuletzt dem Gedanken, diese unerwünschte Folge zu vermeiden, die Ausfallbürgschaft, die fideiussio indemnitatis, die subsidiärste Form der Bürgschaft, ihre Entwicklung verdankt[28]). Während der schlichte fideiussor sich verpflichtet, für die Forderung einzustehen, so wie sie ante litem contestatam sich darstellt, will der fideiussor indemnitatis erst dann schulden, wenn sich für den Gläubiger post litem contestatam ein Ausfall ergibt. Es besteht demnach von Litiscontestation überhaupt noch keine Verbindlichkeit des Bürgen, ihr Eintritt ist vielmehr

---

[23]) Levy S. 42.
[24]) Hasenbalg S. 519; Schwenke Diss. S. 20 ff.
[25]) Hasenbalg S. 520; auch Rabel S. 492.
[26]) Vergl. z. B. Rabel S. 492.
[27]) Vergl. hierzu bes. Hasenbalg S. 521.
[28]) So Rabel S. 492 und Anm. 2, ebenso Hasenbalg S. 520.

aufschiebend bedingt durch den etwa nach Litiscontestation eintretenden Ausfall des Gläubigers. Von einer Prozeßkonsumtionswirkung bezüglich der Verpflichtung des Ausfallbürgen kann demnach nicht die Rede sein[29]): „Maevius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit", wie die Quellen sagen[30]). Die erfolglose Ausklagung des Hauptschuldners wird bei dieser Gestalt der Bürgschaft Klagevoraussetzung gegenüber dem Bürgen.

Erst in nachklassischer Zeit ist die bis dahin grundsätzlich bestehende primäre Bürgenhaftung verdrängt worden. Hier haben jedenfalls die alten griechischen Anschauungen von der Bürgschaft einen Einfluß auf die römische Praxis in der Weise ausgeübt, daß man es für billig erachtete, dem Bürgen Zeit zu lassen, den Hauptschuldner zur Leistung heranzubringen[31]). Dieser Tendenz entsprechend und aus den Gründen heraus, denen die fideiussio indemnitatis ihre Entstehung verdankt, schaffte dann Justinian[32]) den Grundsatz der Prozeßkonsumtion bei der Korrealobligation ab. Andererseits erscheint nunmehr die Stellung des Bürgen, der stets sofort vor dem Schuldner in Anspruch genommen werden konnte, sehr ungünstig. Justinian gewährte deshalb durch die Novelle 4 cap. 1 dem Bürgen ganz allgemein das beneficium excussionis. Damit war die Stellung des schlichten Bürgen der des Ausfallbürgen derartig angenähert, daß zweifelhaft wurde, ob überhaupt noch ein Unterschied zwischen der Normal- und der Ausfallbürgschaft bestände oder ob nicht vielmehr jetzt jede Bürgschaft Ausfallbürgschaft wäre. Die Novelle 4 läßt nicht klar erkennen, ob jede Bürgschaft von Anfang an einen hilfsweisen Charakter tragen soll, so daß also die Ausklagung des Hauptschuldners zur Klagebegründung gehören würde, oder ob der Bürge durch jenes beneficium nur eine Einrede erhielt, auf die er sich berufen muß, um subsidiäre Haftung zu erreichen. Die herrschende Ansicht[33]) hat sich für letztere Auffassung entschieden, und diese ist auch in das gemeine Recht übergegangen.

---

[29]) So Hasenbalg S. 522.
[30]) L. 116 Dig. 45, 1; l. 21 Dig. 46, 3; (l. 41 Dig 46, 1).
[31]) So Rabel S. 492.
[32]) L. 28 Cod. de fideiussoribus 8, 40.
[33]) H. A. bei Hasenbalg S. 534 ff. und 549 ff. Dort Erörterung des Streitstandes. Bekämpft ist diese Ansicht von Chop. Arch. f. civ. Pr. XV 57 ff. und Schmidt „Die gemischten Einreden" S. 90 ff.

Im Gegensatz zum römischen Recht weist das germanische Bürgschaftsrecht[34]) weitgehende Uebereinstimmung mit dem babylonischen und griechischen Recht auf.

Auch dem germanischen Recht ist der Gedanke der Subsidiarität vollkommen fremd. Im Unterschied zum römischen Recht der klassischen und nachklassischen Zeit tritt jedoch hier der Bürge wie im griechischen und babylonischen Recht an die Stelle des Hauptschuldners. Jede direkte Haftung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger hört auf. Der Einsteher übernimmt die ausschließliche Haftung dafür, daß er den Schuldner zur Leistung veranlassen werde, und dieser bleibt allein dem Bürgen gegenüber zur Befreiung von der Bürgschaftsschuld oder Ersatz verpflichtet.

Dieser Gedanke der Alleinhaftung des Bürgen zeigte sich auch in der Form des Vertragsschlusses. Der Abschluß fand meist[35]) in der Gestalt eines Wettvertrages, einer wadiatio, durch Uebergabe eines Stäbchens, der festuca, statt. Der Schuldner übergab das Stäbchen dem Gläubiger und beauftragte damit diesen, seine Befriedigung nunmehr nur bei dem Bürgen zu suchen, durch Uebernahme und Weitergabe des Stäbchens an den Bürgen erklärte der Gläubiger sein Einverständnis mit dem Auftrag, der Bürge durch Hinnahme des Stäbchens seine Zustimmung zur Bürgschaft. Durch Rückgabe des Stäbchens an den Schuldner gab er diesem von der geschehenen Bürgschaftsübernahme Kenntnis.

Daran ändert auch wenig, wie das — dem griechischen Recht entsprechend — nach manchen germanischen Rechten, besonders nach burgundischem Recht[36]) üblich war, daß der Gläubiger den Schuldner durch dreimalige admonitio zur Zahlung auffordern mußte. Diese Aufforderung hatte lediglich formelle Bedeutung, nämlich die, daß nunmehr der Bürge zur Pfändung des Schuldners schreiten konnte. Entweder er erreichte dadurch Einlösung der Pfandgegenstände und Zahlung durch den Schuldner, oder er bekam die Möglichkeit, aus den gepfändeten Gegenständen den Gläubiger zu befriedigen. War die Vollstreckung fruchtlos oder un-

[34]) Zum germanischen Recht vgl. Schröder S. 315 ff. und 798 ff. und Stobbe-Lehmann S. 363 ff.

[35]) So bei den Langobarden, Franken und Bayern; vergl. Schröder S. 303 der 5. Auflage.

[36]) Lex Burgundionum XIX 5, 8 c. VII 7 vgl. Schröder S. 316.

zureichend, so blieb dem Bürgen nur die Möglichkeit der Auslieferung des Schuldners in die Hand des Gläubigers oder eigene Zahlung. Freilich lassen sich hierin die ersten Ansätze zu einer Subsidiarität der Bürgenhaftung insofern finden, als doch immerhin in gewisser Beziehung ein Befriedigungsversuch gemacht sein muß. Die Inanspruchnahme setzt hier eine durch dreimalige Aufforderung festgestellte mora des Hauptschuldners voraus.

Da hiernach eine Haftung des Schuldners bei der Bürgschaft ursprünglich überhaupt nicht bestand, entwickelte sich eine Selbstbürgschaft des Schuldners. Durch Vornahme des festuca-Ritus konnte der Schuldner eine eigene Haftung begründen. Dieser Ritus schwächte sich allmählich zum bloßen Treugelöbnis des Schuldners ab. Auf diese Weise entwickelte sich eine Haftung des Schuldners neben dem Bürgen. Im Zusammenhang hiermit setzte sich dann vielfach der Gedanke durch, daß ein Vorgehen gegen den Bürgen Verzug des Hauptschuldners zur Voraussetzung hätte.

Vereinzelt findet sich schon in mittelalterlichen Rechtsbüchern eine hilfsweise Haftung des Bürgen. So fordert die Richtsteig Landrechts cap. 9[37]) Klage gegen den Hauptschuldner, wenn er eine Einrede für den Bürgen für zulässig erklärt, nach der er im Prozeß fragen darf, „na deme dat de sakweldiche (Partei, Hauptschuldner) jegenwardich si, oft me den icht bilken (billigerweise) allererst beclagen scole". Freilich ist diese Einrede eben nur dann gestattet, wenn der Schuldner anwesend ist.

Neben diesen Formen mehr oder weniger entwickelter Subsidiarität der Bürgenhaftung findet sich aber bis in die Neuzeit hinein in manchen Gesetzen die Alleinhaftung des Bürgen, so z. B. noch im Codex Theresianus[38]), dem Gesetzentwurf Maria Theresias, wo es heißt: „Wo aber nebst der Verbürgung keine Pfandschaft eingelegt worden wäre, hat der Gläubiger allemal anförderst den Hauptbürgen, wenn er sich der Bürgschaft halten will, vor dem Schuldner zu belangen und kann dieser sich dawider weder mit einiger Rechtswohltat schützen, noch weniger mit Bestellung des Schuldners von der Verbindlichkeit befreien[38])."

---

[37]) Der Richtsteig Landrechts, herausg. von Homeyer, Berlin 1857.

[38]) Codex Theresianus II, Cap. VIII, § 5 Nr. 73.

Unter dem Einfluß des gemeinen Rechts, das mit Bezug auf die Ausgestaltung der Subsidiarität der Bürgenhaftung grundsätzlich mit dem corpus iuris Justinians übereinstimmt[39]), haben dann die Partikularrechte die Bürgenhaftung vielfach subsidiär gestaltet, so insbesondere das Preußische Allgemeine Landrecht I 14 §§ 283 ff. Als Grundsatz gilt hier, daß der Gläubiger nachweisen muß, daß der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit ganz oder zum Teil außerstande ist. Für den Nachweis allerdings gelten gewisse Erleichterungen, wenn z. B. kürzlich fruchtlos vollstreckt worden ist, wenn die Vollstreckung ins unbewegliche Vermögen aussichtslos erscheint und ähnliches. Der „Einwand der Vorausklage", wie das ALR. sich ausdrückt, bedeutet Leugnen des Klagegrundes. Freilich kann auch hier auf die Subsidiarität der Haftung verzichtet werden, der Bürge kann Selbstschuldner sein. Dem Bürgen fehlt der Einwand der Vorausklage in bestimmten Fällen kraft Gesetzes ohne weiteres, z. B. bei Konkurs des Hauptschuldners. Neben dieser an sich schon höchst subsidiären Normalform der Bürgschaft existiert aber auch hier die von ihr freilich schwer zu scheidende Schadlosbürgschaft. Der Unterschied zeigt sich im Wesentlichen darin, daß hier ein Verzicht auf die Vorausklage nicht möglich ist (§ 309), daß dem Schadlosbürgen das Recht auf Vorausklage mit Konkurseröffnung noch nicht ohne weiteres verloren geht, es vielmehr der Feststellung des Konkursausfalls bedarf.

Ganz im Gegensatz zum Allgemeinen Landrecht hat dagegen z. B. das österreichische Gesetzbuch von 1811 die Subsidiarität der Bürgenhaftung sehr abgeschwächt: Es genügt hier zur Inanspruchnahme des Bürgen gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung des Schuldners, deren Nachweis allerdings zur Klagebegründung gehört (§§ 1355, 1356). Freilich läßt auch das österreichische Recht den Parteien die Möglichkeit, die Bürgenhaftung durch Verabredung der Schadlosbürgschaft höchst subsidiär zu gestalten.

Auch bei der Redaktion des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde die Frage der Ausgestaltung der Subsidiarität der Bürgenhaftung zum Streitpunkt. Während die überwiegende Mehrheit der Beteiligten sich für Uebernahme des römischen beneficium excussionis einsetzte, wurde von an-

[39]) Vergl. Windscheid Bd. 2 S. 1093 ff.; Dernburg Bd. 2 S 211 ff.; Hasenbalg.

derer Seite völlige Beseitigung der Subsidiarität empfohlen[40]), von anderer Seite die abgeschwächte Subsidiarität des österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuches als für den Regelfall am zweckmäßigsten erklärt, indem man insbesondere darauf hinwies, daß ja strengere Subsidiarität vereinbart werden könne. Tatsächlich errang in der endgültigen Fassung die erste Ansicht den Sieg. Die Einrede der Vorausklage des BGB. entspricht, abgesehen von gewissen Fällen ihres gesetzlichen Fortfalls in § 773, dem gemeinrechtlichen beneficium excussionis. Wie nach gemeinem Recht, so auch nach bürgerlichem Recht sind die Parteien zufolge der Vertragsfreiheit in der Lage, eine Schadlosbürgschaft zu verabreden, bei der dann der Ausfallnachweis zur Klagebegründung gehört.

Die heute im BGB. festgelegte Regelung des Bürgschaftsrechts ist auch die der meisten ausländischen Rechte. Allerdings bietet die Formulierung des Schweizer Obligationenrechts Art. 495 eine Besonderheit. Dort heißt es in Abs. I: „Der einfache Bürge kann vom Gläubiger erst dann zur Zahlung angehalten werden, wenn nach Eingehung der Bürgschaft der Hauptschuldner in Konkurs geraten oder ohne Verschulden des Gläubigers erfolglos betrieben worden ist oder in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann." Hiernach hat es den Anschein, als ob bei der schlichten Bürgschaft die Vorausvollstreckung Klagegrund für die Inanspruchnahme des Bürgen wäre, so daß hier die schlichte Bürgschaft die Gestalt der Ausfallbürgschaft des BGB. annähme. Eine solche Regelung entspräche jedoch den Verkehrsbedürfnissen nur unvollkommen. Die Schweizer Rechtsprechung[41]) hat deshalb die unerwünschten Folgen, die eine Auslegung nach dem Wortlaut der Bestimmung mit sich brächte, abgewendet, indem auch sie verlangt, daß die Notwendigkeit der Vorausvollstreckung einredeweise geltend gemacht wird. Die Gründe, auf die die Rechtsprechung diese Entscheidung stützt, sind freilich schwach: Wenn der Gesetzgeber eine von der in allen anderen Rechten üblichen Konstruktion der Bürgschaft abweichende hätte schaffen wollen, so hätte er das besonders deutlich in der Fassung zum Ausdruck bringen müssen.

---

[40]) Dresdener Entwurf, Protokolle S. 3422 ff.
[41]) Zeitschr. f. Schweizerisches Recht (15) 37, 99 ff. Zustimmend Fick Art. 495 Anm. 7, Oser Art. 492, Anm. III, 5.

Auch wäre dem Gläubiger ein schwieriger Beweis aufgebürdet, wenn man die erfolglose Vorausvollstreckung zum Klagegrund stemple[42]). — Die durch diese Entscheidung geschaffene praktische Regelung des Schweizer Rechts ist also die gleiche wie unsere. Auch das Schweizer Recht kennt neben der schlichten Bürgschaft die Ausfallbürgschaft als gesetzlich nicht behandelte Sonderform der Bürgschaft.

2. Kapitel.

§ 3.

Begriff der Schadlosbürgschaft, insbesondere der selbstschuldnerischen Schadlosbürgschaft.

Im Folgenden wird nunmehr der Begriff der Ausfallbürgschaft im geltenden Recht festzustellen sein.

Die Untersuchung findet dabei ihre Grundlage in der Begriffsbestimmung, die, geschichtlich geworden, bereits im gemeinen Recht durch Hasenbalg und andere formuliert wurde, die auch für das Recht des BGB. ihre Geltung behält.

Wie schon nach römischem Recht eine Verpflichtung des fideiussor indemnitatis erst nach Litiscontestation mit dem Ausfall entstand, so ist auch nach geltendem wie nach gemeinem Recht die Bürgschaftsverpflichtung des Schadlosbürgen aufschiebend bedingt durch den Eintritt eines Ausfalls für den Gläubiger, so daß also der Ausfallnachweis

---

[42]) Besonders der letzte Grund trifft nicht zu, denn auch wenn es sich um eine Einrede handelt, wird der Gläubiger nachweisen müssen, daß die Vollstreckung erfolglos war. Die Rechtslage ist hier eine ähnliche wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Der Bürge muß zur Geltendmachung der Einrede der Vorausklage nur deren gesetzlichen Entstehungsgrund nachweisen. Der aber ist mit dem Bestehen einer Bürgschaft, das der Gläubiger zwecks Vorgehens gegen den Bürgen darlegen muß, ohne weiteres gegeben. Der Einredetatbestand ergibt sich aus dem klägerischen Vorbringen von selbst. Man kann nicht darüber hinausgehend verlangen, daß der Bürge auch tatsächlich nachweist, daß der Gläubiger eine Vollstreckung nicht versucht habe. Dem steht entgegen die Analogie zu den Bestimmungen der §§ 358, 442, 542 Abs. 3 BGB.; vor allem aber die Tatsache, daß es allgemeinen Beweisgrundsätzen zuwiderläuft, den Nachweis einer Negative, nämlich den der Nichtvorausvollstreckung, vom Bürgen zu verlangen. So die Ausführungen bei Morgner S. 91 ff.

zur Begründung der Klage gegen den Bürgen gehört[43]). Die letzte Rechtfertigung entnimmt diese Konstruktion wie im gemeinen, so im heutigen Recht der Auslegung des Parteiwillens, dem ja das BGB., vom Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgehend, freie Betätigung läßt, und die da allein maßgebend ist, wo das BGB. — wie bei der Ausfallbürgschaft — es an einer gesetzlichen Regelung überhaupt fehlen läßt.

Stark mißverständlich ist die Planckſche Begriffsbestimmung[44]). Nach Planck ist die Schadlosbürgschaft eine Bürgschaft, bei der die Rechte des Bürgen in Bezug auf die Vorausklage erweitert seien. Hiernach würde es scheinen, als ob der Ausfallbürge wie der schlichte Bürge sich erst im Wege der Einrede darauf berufen müsse, daß der Gläubiger vorerst den Hauptschuldner auszuklagen habe. Es bestände also das Vorrecht des Ausfallbürgen lediglich darin, daß er eine Vorausvollstreckung in weiterem Umfang als der schlichte Bürge verlangen konnte. Tatsächlich will aber der Ausfallbürge überhaupt erst haften, wenn der Ausfall feststeht, seine Verpflichtung ist eine aufschiebend bedingte[45]). Des weiteren deutet der Ausdruck „Erweiterung der Rechte" auf eine Besserstellung des Ausfallbürgen gegenüber dem schlichten Bürgen; das trifft zwar in der Regel zu, aber nicht immer, z. B. nicht bei der noch zu behandelnden sogenannten selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft, bei der Ausklagung nicht oder nur in beschränktem Umfang erforderlich ist.

Es ist nunmehr der Begriff der Ausfallbürgschaft in seinen einzelnen Begriffsmerkmalen näher zu klären.

---

[43]) Dies ist herrschende Ansicht. Vgl. besonders Staub-Koenige § 349 Anm. 25, Düringer-Hachenburg § 349 Anm. 62, Soergel § 765 Anm. 4, Enneccerus Bd. I, 2 S. 563 Anm. 7, Oertmann Vorbem. 3 b zur Bürgschaft usw. Mot. Schuldverhältnisse S. 672. Viele Entscheidungen z. B. Warn. 1916 Nr. 50 RG. Recht 1912 Nr. 2656 usw.

[44]) Vorbem. III, 5 zur Bürgschaft. Gegen die Planckſche Formulierung vor allem Enneccerus Bd. I, 2 S. 563 Anm. 7, Kohler Bd. II, 1 S. 418 (§ 155).

[45]) Praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung freilich nur im Versäumnisverfahren. Hat der Kläger Ausfallbürgschaft behauptet, so gehört zur Schlüssigkeit der Klage der Ausfallnachweis. Nur dann kann Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergehen. Anders dagegen, wenn die Notwendigkeit des Ausfallnachweises einredeweise geltend gemacht werden muß.

Die Bürgschaftsverpflichtung muß aufschiebend bedingt sein, d. h. es muß unsicher sein, ob ein Ausfall eintreten wird und in welcher Höhe er sich ergeben wird. Gleichgültig ist, ob die Forderung, für deren Ausfall eingetreten werden soll, aufschiebend bedingt ist oder nicht. Ist das der Fall, dann ist die Verpflichtung des Schadlosbürgen zunächst davon abhängig, daß die Forderung überhaupt entsteht, des weiteren aber davon, daß sich für den Gläubiger ein Ausfall ergibt[46]).

Steht der Ausfall bei Bürgschaftsabschluß unter den Parteien bereits fest, dann ist die Verbürgung als solche nichtig. Denn ein aufschiebend bedingtes Eintreten für fremde Zahlungspflicht ist nicht mehr denkbar. Die Parteien werden aber in solchen Fällen meist unbedingtes sofortiges Eintreten des sich Verpflichtenden für den Ausfall beabsichtigt haben. Das Geschäft wird daher, wenn sich nicht schon durch Auslegung ermitteln läßt, daß es sich um ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis handelt, im Wege der Konversion als ein solches aufrecht erhalten werden können[47])[48]).

Eine Ausfallbürgschaft liegt auch nicht etwa dann vor, wenn zwar der Ausfall feststeht, nicht aber die Höhe des

---

[46]) Auch für künftige Forderungen kann eine Ausfallbürgschaft eingegangen werden. Wenn sich aber jemand verpflichtet, für den „Ausfall" einzustehen, den eine bestimmte Person durch etwaige Untreue und Unredlichkeiten ihrer Angestellten erleiden sollte, so liegt eine Ausfallbürgschaft nicht vor. Der Gebrauch des Wortes Ausfall darf nicht darüber täuschen, daß für die künftige Forderung, wenn sie einmal entstanden ist, unbedingt eingestanden werden soll. Eine Ausfallbürgschaft läge nur vor, wenn sich aus den Umständen schlüssig nachweisen ließe, daß der Bürgschaftsempfänger erst gegen seine Angestellten vorgegangen sein müßte, um den Bürgen in Anspruch zu nehmen. Aehnlich Hasenbalg S. 564 ff. Anm. 16 bes. S. 567.

[47]) So auch Planck § 765 Anm. 6c.

[48]) Anders wird die Sachlage jedoch sein, wenn die Parteien eine sog. selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft, die unten zu behandeln sein wird, verabredet haben, z. B. eine Bürgschaft für den Ausfall an einer dinglichen Sicherheit. In einem solchen Falle wird es sich um eine unbedingte Verbürgung für die durch den Ausfall festgestellte (Rest-)Forderung handeln, eine Bürgschaft für den Betrag der Forderung, der nach Vollstreckung in die Sicherheit noch verblieben ist. Der Hinweis auf den Ausfall in der Bürgschaftserklärung wäre hier eine rechtlich gleichgültige nähere Bezeichnung der verbürgten Forderung.

Ausfalls, wenn also sicher ist, daß der Gläubiger nicht alles erhalten, unsicher aber, wieviel er nicht erhalten wird. Denn hier ist die Bürgschaft als solche eine unbedingte, eine Forderung ist auf jeden Fall da. Unbestimmtheit der Höhe der Forderung aber kann bei der Bürgschaft stets vorliegen, sie ist kein besonderes Kennzeichen der Schadlosbürgschaft[49]).

Hielt dagegen der Bürge den Ausfall, für den er einstehen wollte, für noch unsicher, während er tatsächlich bei Bürgschaftsabschluß bereits feststand, so liegt eine echte Schadlosbürgschaft vor[50]). Daß die Bedingung schon eingetreten ist, ändert nichts daran, daß der Gläubiger zwecks Inanspruchnahme des Bürgen deren Eintritt nachweisen muß. Andererseits kann auch der Bürge sich nicht etwa auf Irrtum berufen, denn er mußte mit dem Eintritt des Ausfalls in jedem Augenblick rechnen. Sein Irrtum ist ein unerheblicher Irrtum im Motiv. Möglich wäre nur, daß die Voraussetzungen einer Täuschungsanfechtung vorliegen, wenn nämlich der Gläubiger oder mit seinem Wissen der Schuldner den Bürgen zur Bürgschaft dadurch veranlaßt hätte, daß er ihm den Ausfall als durchaus unsicher und in ferner Zukunft liegend vorgespiegelt hätte.

Die Verbindlichkeit des Schadlosbürgen ist bedingt durch den Ausfall. Wann solch ein Ausfall, von dessen Eintreten nach dem Parteiwillen die Bürgschaftsverbindlichkeit abhängen soll, vorliegt, läßt sich nicht allgemein beantworten. Ob die Subsidiarität der Schadlosbürgenhaftung noch gesteigert ist gegenüber der Haftung des schlichten Bürgen, der die Einrede der Vorausklage geltend macht, ist im Gesetz, das die Schadlosbürgschaft als Sonderform der Bürgschaft überhaupt nicht behandelt, nicht entschieden. Der Gesetzgeber sagt in den Motiven II S. 672: „Ob die Beschränkung der Bürgenhaftung von größerem Umfang als die schon aus dem Gesetz entspringende ist, zutreffendenfalls wie weit sie über die gesetzlichen Grenzen hinausgreift, muß

---

[49]) Vergl. die weitgefaßte Formulierung in den schlichten Bürgschaftsverträgen der Banken. Form. 192 des Formularbuchs: „Ich verbürge mich .... für alle Ansprüche und Forderungen an Kapital, die sie ..... gegen Herrn A. in B. aus laufender Rechnung, aus Wechseln, aus gewährten oder noch zu gewährenden Krediten irgendwelcher Art oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde bereits erworben haben oder noch erwerben sollten ....".

[50]) Vergl. Hasenbalg S. 720.

im Einzelfall im Wege der Auslegung ermittelt werden. Eine allgemeine Regel läßt sich dafür nicht aufstellen." Da aber nicht selten die Parteien eine Ausfallbürgschaft schlechthin vereinbaren, ohne sich über die Voraussetzungen dieses Ausfalls näher zu erklären, erweist es sich als notwendig, für diesen Fall eine bestimmte Gestaltung des Ausfallnachweises festzustellen, die man als im Zweifel dem Parteiwillen entsprechend ansehen darf. Daneben werden die besonderen, durch Parteivereinbarungen bestimmten Formen des Ausfallnachweises darzulegen sein.

Der Gläubiger, dem die Einrede der Vorausklage entgegengehalten wird, hat, wenn es sich um eine Geldforderung handelt, gemäß § 772 BGB. nachzuweisen, daß er in das bewegliche Vermögen vergeblich eine Zwangsvollstreckung versucht hat und zwar sowohl am Wohnsitz wie an der gewerblichen Niederlassung, und, wenn beides fehlt, am Aufenthaltsorte des Schuldners. Hat er ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache, dann muß er auch aus dieser Befriedigung gesucht haben und das beweisen. Dagegen ist eine Vollstreckung in unbewegliches Vermögen, in Geldforderungen und ähnliches nicht erforderlich. Es fragt sich, ob dieser Nachweis bei der Schadlosbürgschaft genügt. Das Kennzeichen der Schadlosbürgschaft ist ihre durch Bedingung gesteigerte Subsidiarität. Die Parteien, die sie vereinbaren, werden die Haftung des Bürgen an letzter Stelle wollen, erst dann, wenn alle anderen Mittel versagt haben. Es ist deshalb für den Regelfall anzunehmen, daß der Gläubiger mit a l l e n ihm zu Gebote stehenden Mitteln gegen den Schuldner vorgegangen sein muß[51]). Er hat nicht nur in die am Aufenthaltsort, Wohnsitz oder an der gewerblichen Niederlassung befindlichen beweglichen Sachen zu vollstrecken, sondern auch in etwa sonst noch vorhandene Mobilien[52]). Er muß ferner in vorhandene Forderungen vollstreckt haben. Führt der Schuldner wegen solcher Forderung einen Prozeß, dann wird der

[51]) So auch Schwenke S. 72, Haarmann S. 23 ff., 41. Dagegen Bindewald S. 56. Vergl. auch Sächs. BGB. § 1452. Ferner Reichel Jur. W. 1929, S. 1386, 18.

[52]) Vergl. auch Sächs. BGB. § 1463: „Dem Schadlosbürgen steht das Recht der Vorausklage auch dann zu, wenn der Aufenthaltsort des Hauptschuldners unbekannt ist oder der Hauptschuldner sich außerhalb der Deutschen Bundesstaaten aufhält oder in Konkurs gefallen ist."

Gläubiger, bevor er auf den Bürgen greifen kann, den Ausgang des Prozesses abwarten müssen[53]). Er hat Gesellschaftsanteile zu pfänden, Geschäftsanteile, Auseinandersetzungsguthaben usw. Er muß vor allen Dingen auch in unbewegliches Vermögen vollstrecken. Er hat, wenn ihm an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, auch dann aus ihr entgegen § 772 Abs. II S. 2 Befriedigung zu suchen, wenn das Pfand zwar die Forderung, für die es zunächst bestellt ist, vollkommen deckt, die, für die der Schadlosbürge haftet, aber nur teilweise. Er wird notfalls den Schuldner auch zum Offenbarungseid zwingen müssen. Ist ein schlichter Bürge vorhanden, der für die Forderung haftet, dann muß auch gegen ihn in derselben Weise fruchtlos vollstreckt worden sein wie gegen den Hauptschuldner[54]).

Grundsätzlich ist der Ausfall, durch dessen Eintritt die Entstehung der Bürgschaftsverpflichtung bedingt ist, als eingetreten anzusehen, wenn die Vollstreckung erfolglos geblieben ist. Ein Ausfall ist aber immer dann auch schon als vorhanden anzusehen, wenn sich bereits vorher ein Mindestausfall mit Sicherheit feststellen läßt[55]). Es ist dies eine Folgerung aus der Rechtsnatur der Ausfallbürgschaft. Es bedarf kaum des Hinweises, daß auch ein dringendes Verkehrsbedürfnis — besonders im Konkurs — die Möglichkeit der Vollstreckung gegen den Ausfallbürgen erfordert, bevor die Vollstreckung gegen den Hauptschuldner in jeder Weise erfolglos durchgeführt worden ist[55]). Mit Recht läßt das Reichsgericht auch eine Klage auf Feststellung des Mindestausfalls zu[56]).

Neben dem geschilderten Normalfall der Ausfallbürgschaft, bei der der Ausfallnachweis eine besonders umfangreiche Vorausvollstreckung erfordert, stehen die besonderen Fälle der Ausfallbürgschaft, nämlich die Fälle, in denen der Ausfallnachweis durch Parteivereinbarung geregelt ist. Sie

---

53) Vergl. RG. Jur. W. 1929 S. 1386, 18 und Reichel dazu.

54) Vergl. dazu auch die Ausführungen über die Sorgfaltspflicht unten S. 50 f.

55) Für den Mindestausfall im Konkurs RG. 75, 186 ff. = Jur. W. 1911, 181; bestätigend RG. Jur. W. 1929 S. 1386, 18. A. A. Reichel daselbst. Ferner OLG. 36, 124 = Recht 1917 Nr. 814; vergl. auch RG. Jur. W. 1911, 975 = Recht 1911 Nr. 3454. Siehe auch unten S. 52.

56) RG. 75, 186; Recht 1919 Nr. 1777; Warn. 1919 Nr. 166.

sind der schlichten Bürgschaft bereits stark angenähert und spielen gerade deshalb in der Praxis vielleicht eine größere Rolle als der Normalfall der Schadlosbürgschaft. Trotzdem sind sie Fälle der Ausfallbürgschaft, weil bei ihnen deren charakteristische Merkmale vorliegen, nämlich: Abhängigkeit der Bürgenverpflichtung vom Eintritt eines noch ungewissen Ausfalls und Beweispflicht des Klägers, Gläubigers, für diesen Ausfall. Es handelt sich um die Fälle, daß der Bürge sich verpflichtet, für den Ausfall einzutreten, den der Gläubiger bei einem bestimmten Verfahren, dem Liquidationsverfahren, haben wird, ferner den er bei der Befriedigung aus einer Sicherheit erleiden wird, und den beim Vorgehen gegen einen schon haftenden schlichten Bürgen. Im ersten Fall wird eine Vorausvollstreckung nur gegen die Gesellschaft[57]), nicht auch gegen die persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich sein, im letzteren nur eine solche gegen den Bürgen, im zweiten Fall verlangt nur die Realisierung von Hypothek und Grundschuld eine Zwangsvollstreckung, nicht auch die Befriedigung aus dem Faustpfand.

Weil eine Vorausvollstreckung hier nur in mehr oder weniger geringem Umfang notwendig ist, hat man diese Fälle der Ausfallbürgschaft auch als selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft[58]) bezeichnet. Der Ausdruck ist nicht sehr glücklich; denn während bei dem echten selbstschuldnerischen Bürgen ein Vorgehen gegen den Hauptschuldner überhaupt nicht erforderlich ist, muß hier der Gläubiger immerhin in den meisten Fällen irgendwie vorgegangen sein, er muß Befriedigung aus der Sicherheit gesucht, gegen den Hauptbürgen vollstreckt haben usw. Dieser Ausdruck hat schon dazu verleitet, daß gelegentlich[59]) Fälle als selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft bezeichnet werden, die sich tatsächlich als echte selbstschuldnerische Bürgschaften darstellen. Im Bankverkehr kommt folgende Vereinbarung vor: Wer sich bezüglich eines Bankkredits für einen Ausfall bis zu

[57]) Auch Vorausvollstreckung gegen die Gesellschaft braucht nicht verabredet zu werden. Vergl. unten S. 22 f.

[58]) Ausdrucksweise des RG. Vergl. RG. Warn. 1919 Nr. 166 — Gruchot 63, 744 ff. Leipz. Zeitschr. XI (1917) S. 675, 17; Recht 1912 Nr. 2656. RGR. Vorbem. 5b zu § 765 ff.

[59]) So irrtümlich Merckens Leipz. Zeitschr. 1912, S. 803 ff. mit Bezug auf die im Text im weiteren erwähnte Vereinbarung des Bankverkehrs.

einem Höchstbetrage verbürgt, hat auf das erste Ansuchen hin zu zahlen. Die Bank hat dann das Recht, den gezahlten Betrag entweder auf dem Konto des Kunden (Schuldners) sofort zu verbuchen, ihn also von seiner Schuld abzuziehen, oder zur Deckung des Ausfalls einstweilen zurückzustellen, bis von dem Schuldner endgültig nichts zu verlangen ist. Die Zusicherung, den Bürgen nur bei Ausfall endgültig zu belasten, stellt sich hier als eine gänzlich unverbindliche Zusage entgegenkommenden Verhaltens gegenüber dem Bürgen dar. Für die rechtliche Beurteilung ist allein maßgebend, daß der Bürge auf erstes Ansuchen hin ohne weiteres zahlen muß. Daraus ergibt sich klar das Vorliegen einer gewöhnlichen selbstschuldnerischen Bürgschaft. Freilich kommt es auch sehr häufig vor, daß vereinbart ist, daß die Bank nur das Recht hat, sofort die Hinterlegung der Bürgschaftssumme als Sicherheit zu verlangen. Dann handelt es sich um eine echte Ausfallbürgschaft. (Vgl. darüber unten S. 20.)

Zu den praktisch häufigsten Formen der sogenannten selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft zählt die für den Ausfall der bei der Befriedigung aus einer dinglichen Sicherheit: Faustpfand, Hypothek usw. eintritt[60]). Hier bezieht sich die Bürgschaftsverpflichtung auf den Ausfall, der innerhalb der dinglichen Haftung an der persönlichen Forderung eintritt. Eine Bürgschaft für dingliche Schuld gibt es nicht. Der selbstschuldnerische Ausfallbürge befindet sich hier in einer Stellung, die ihn zwar besser stellt als den selbstschuldnerischen Bürgen, aber schlechter als den schlichten Bürgen. Während der Gläubiger den selbstschuldnerischen Bürgen auch in diesen Fällen ohne weiteres in Anspruch nehmen kann, bedarf es bei dieser Form der selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft noch der Vorausvollstreckung in dingliche Sicherheiten. Während der schlichte Bürge mit der Einrede der Vorausklage vom Gläubiger Vorausvollstreckung in sämtliche bewegliche Sachen am Wohnsitz bezw. Niederlassungs- oder Aufenthaltsort verlangen kann (§ 772 BGB.), ist Voraussetzung der Inanspruchnahme des selbstschuldnerischen Ausfallbürgen nur, daß Befriedigung aus den bestimmten vorliegenden dinglichen Sicherheiten versucht worden ist. Freilich gehört im letzten

[60]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 349 Anm. 62, auch RG. Leipz. Zeitschrift 10 (1916), S. 805.

Fall der Nachweis des ganz oder teilweise fruchtlosen Befriedigungsversuchs zur Klagebegründung, während im ersten Fall sich der Schuldner erst im Wege der Einrede auf die Notwendigkeit des Befriedigungsversuchs gemäß §§ 771 ff. berufen muß. Praktisch ist dieser Unterschied jedoch fast ohne Bedeutung, da auch bei Geltendmachen der Einrede der Vorausklage der Gläubiger beweisbelastet ist[61]).

Diese geschilderte Form der selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft ist wohl in der Praxis die häufigste. Insbesondere scheint sie im Bankverkehr gebräuchlich zu sein[62]). Sie hat vor der schlichten Ausfallbürgschaft den Vorzug für den Gläubiger, daß er nur in ganz bestimmte in seiner Hand befindliche Sicherheiten vollstreckt zu haben braucht. Im Bankverkehr wird diese Bürgschaft praktisch meist mit der Abrede geschlossen, daß der Bürge jederzeit auf Verlangen des Gläubigers verpflichtet sei, in Höhe der Bürgschaftssumme Sicherheit zu leisten. Nach Feststellung des Ausfalls hat dann die Bank das Recht, sich aus dieser Sicherheit zu befriedigen[63]). Es handelt sich also bei der Zahlung des Bürgen, wie Haarmann[64]) richtig feststellt, um eine Zweckzuwendung an den Gläubiger, die, insoweit als ein Ausfall tatsächlich später nicht eintritt, mit der Bereicherungsklage (condictio ob causam datorum) wieder herausverlangt werden kann. Diese Abrede der Sicherheitsleistung ist jedoch zu unterscheiden von der oben erwähnten Vereinbarung, wonach der Bürge auf erstes Ansuchen der Bank hin zu zahlen hat und die Bank entweder den Betrag auf dem Konto des Kunden verbuchen, also von seiner Schuld abziehen, *oder* als Sicherheit einstweilen zurückstellen kann. Hier handelt es sich, wie S. 18 f. nachgewiesen, u. E. um eine echte selbstschuldnerische Bürgschaft[65]).

---

[61]) Vergl. oben S. 12 Anm. 42, S. 13 Anm. 45.

[62]) Vergl. Formularbuch Form. 169.

[63]) Vergl. Formularbuch Form. 169: „Auf Ihr Verlangen bin ich verpflichtet, für diese Bürgschaft eine Ihnen genehme Sicherheit zu leisten, auch wenn Ihre Forderungen noch nicht fällig sind." „.... Bis dahin gelten alle meine Zahlungen als Sicherheitsleistungen. Sie sollen jedoch befugt sein, sich *nach Feststellung des Ausfalls* jederzeit aus den gezahlten Beträgen zu befriedigen."

[64]) S. 37 ff.

[65]) Haarmann S. 42 ff. dagegen spricht auch dann, wenn die Bank die Zahlung nach ihrer Wahl als Erfüllungs- *oder* Zweckzahlung behandeln kann, von selbstschuldnerischer *Ausfall*bürgschaft.

Ein weiterer Fall der selbstschuldnerischen Schadlosbürgschaft ist der, bei dem sich der Bürge verpflichtet, für den Ausfall einzustehen, der sich beim Vorgehen gegen den Hauptbürgen ergeben wird. Auch er findet sich besonders im Bankverkehr. Er stellt sich zugleich als ein Sonderfall der Nachbürgschaft dar. Der Nachbürge verpflichtet sich, für die Bürgschaftsverpflichtung des Hauptbürgen einzustehen. Er haftet in gleicher Weise für die Bürgschaftsverpflichtung des Hauptbürgen wie dieser für die Hauptverbindlichkeit. Er hat daher auch in Bezug auf den Hauptbürgen die Einrede der Vorausklage, er kann auch neben dem Hauptbürgen als selbstschuldnerischer Nachbürge haften. Muß der Gläubiger dagegen zwecks Vorgehens gegen den Nachbürgen fruchtlose Vollstreckung gegen den Hauptbürgen nachweisen, gehört dieser Nachweis zur Klagebegründung, dann ist die Nachbürgschaft Ausfallbürgschaft. Ausfallbürgschaft und Nachbürgschaft gehen also hier ineinander über.

Endlich kann auch die Rückbürgschaft die Gestalt der Schadlosbürgschaft annehmen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Hauptbürgschaft Schadlosbürgschaft ist oder nicht. Im letzteren Fall hat der Bürge den Hauptschuldner in der oben zur Schadlosbürgschaft geschilderten Weise auszuklagen. Braucht er dabei nur in beschränktem Umfange gegen den Hauptschuldner vorauszuvollstrecken, so nimmt die Rückbürgschaft die Gestalt der *selbstschuldnerischen* Ausfallbürgschaft an. — Ist dagegen auch die Hauptbürgschaft Schadlosbürgschaft, so wird man nicht verlangen können, daß der Hauptbürge nochmals gegen den Hauptschuldner mit allen Mitteln fruchtlos vollstreckt haben muß, ehe er den Schadlos*rück*bürgen in Anspruch nehmen kann[66]). Denn nach der hier vertretenen Auffassung ist die Bedingung der Ausfallbürgschaft eingetreten, sobald der Ausfall nachweislich feststeht. Das ist aber der Fall, wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner vergeblich vorgegangen ist. *Nur* wenn besondere Umstände die Annahme rechtfertigen, daß der Hauptschuldner inzwischen Vermögen erlangt hat, wird man verlangen können, daß der Hauptbürge vor Inanspruchnahme des Schadlosrückbürgen noch einmal gegen den Hauptschuldner vollstrecken muß. Diese Rückbürgschaft könnte man demnach auch mit gewissem

---

[66]) A. M. Morgner S. 88.

Recht als *selbstschuldnerische* Ausfallbürgschaft bezeichnen.

Endlich findet sich im Rechtsleben eine Bürgschaft für den Ausfall im Liquidationsverfahren. Ihr liegt folgender Sachverhalt zu Grunde[67]): Eine offene Handelsgesellschaft z. B. befindet sich im Liquidationsstadium. Der Bürge übernimmt einem Gläubiger der OHG. gegenüber die Verpflichtung, für den Ausfall einzustehen, der sich für ihn bei der Liquidation ergeben wird. Bei einer solchen Haftung für den Ausfall im Liquidationsverfahren ist jedoch Voraussetzung, daß ein Ausfall noch nicht feststeht. Steht er schon fest, dann ist es nach dem schon früher Gesagten gleichgültig, daß die *Höhe* noch nicht sicher steht. Eine Ausfallbürgschaft liegt nicht vor; denn die Bürgschaftsverpflichtung ist in diesem Fall eine unbedingte, es fehlt das entscheidende Begriffsmerkmal der Ausfallbürgschaft, die aufschiebend bedingte Abhängigkeit der Bürgenhaftung vom Eintritt eines Ausfalls.

Aus dem gleichen Grunde ist auch eine Schadlosbürgschaft für den Konkursausfall (d. h. eine solche, die nach Konkurseröffnung für den eventuellen Ausfall eingegangen wird) nicht denkbar, denn hier wird stets ein Ausfall feststehen.

Die Liquidationsausfallbürgschaft kann nun eine verschiedene Gestalt annehmen, je nach dem was Voraussetzung des Ausfallnachweises ist. Es kann sein, daß der Gläubiger gegen etwa vorhandene persönlich haftende Gesellschafter nicht vorzugehen braucht, daß er aber eine Vollstreckung ins Liquidationsvermögen fruchtlos versucht haben muß. Es kann auch sein, daß der Gläubiger nach Vereinbarung selbst eine Befriedigung aus dem Liquidationsvermögen nicht versucht zu haben braucht. Im letzteren Falle kann es bereits fraglich sein, ob überhaupt noch eine selbstschuldnerische *Ausfall*bürgschaft vorliegt oder ob es sich nicht vielmehr um eine *einfache* selbstschuldnerische Bürgschaft handelt. Denn es ist hier ja keinerlei Vorausvollstreckung mehr Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Bürgen. Trotzdem läßt sich diese Bürgschaft immerhin noch als Ausfallbürgschaft, und zwar als selbstschuldnerische, bezeichnen. Denn die Begriffsmerkmale der Ausfallbürgschaft liegen vor. Die Bürgschaft ist aufschiebend bedingt durch den Eintritt

[67]) Vergl. RG. Warn. 1919 Nr. 166 = Gruchot 63, 744 ff.

eines Ausfalls, nur daß dieser hier nicht im Wege der Vollstreckung festgestellt wird, sondern sich einfach rechnungsmäßig bei der Befriedigung der Gläubiger aus dem Liquidationsvermögen ergibt. — Bei der Aktiengesellschaft ist eine Liquidationsausfallbürgschaft dieser Art kaum möglich. Denn es ist wegen der bilanzmäßigen Kontrolle des Vermögens der A.G. schwer denkbar, daß ein eventueller Ausfall nicht von vornherein feststände; und bei Feststehen eines solchen Ausfalls für die Gläubiger läge Ueberschuldung vor, so daß Konkurs eröffnet werden müßte. (§ 207 KO., anders bei der OHG. § 209 KO.)

Bisher sind die besonderen Begriffsmerkmale der Schadlosbürgschaft als solche, die Bedingtheit durch den Ausfall, näher dargelegt worden. Die Schadlosbürgschaft muß aber als Bürgschaft auch deren allgemeine Merkmale aufweisen. Dazu gehört vor allem das akzessorische[68]) Einstehen für eine fremde Verbindlichkeit.

Es muß also eine Forderung, eine persönliche Verpflichtung bestehen. Für eine rein dingliche Schuld kann nicht eingestanden werden, denn sie enthält kein Leistensollen, sondern nur die Pflicht, die Befriedigung aus der Sache wegen einer Forderung zu dulden. Die Verbindlichkeit, für die eingestanden wird, muß ferner voll wirksam sein, sie darf keine Naturalobligation sein. Doch ist hier zu unterscheiden: Für Spiel, Wette, Differenzschuld, Ehemäklerlohn u. ä. ist eine Ausfallbürgschaft überhaupt nicht möglich. Bei verjährten Forderungen ist eine Schadlosbürgschaft insoweit denkbar, als der Bürge dann zahlen will, wenn der Schuldner die Einrede der Verjährung nicht vorbringt und die Zwangsvollstreckung gegen ihn erfolglos verlaufen ist[69]). Soll aber schlechthin für die Zahlung eingestanden werden, auch wenn der Schuldner sich auf Verjährung beruft, dann kann nur eine Ausfallgarantie vorliegen. (Darüber unten S. 31 ff.) Stets gültig ist ferner naturgemäß die Schadlosbürgschaft, die eingegangen wird für die Verpflichtung des Hauptbürgen, der sich vor Verjährung der Hauptforderung für diese verbürgt hat. Denn die Verjährung berührt nach herrschender Ansicht die Klagbarkeit einer vorher eingegangenen Bürgschaft nicht. Das ergibt

[68]) Vergl. hierzu die Ausführungen gegen Bindewald unten S. 34 ff.
[69]) So z. B. Planck § 765 Anm. 8a, Westerkamp S. 82 ff.

sich aus § 223 Abs. 2 BGB.[60]). Ist aber die Hauptbürgschaft voll wirksam, dann kann auch für sie noch eine Schadlosbürgschaft eingegangen werden. Die Hauptverbindlichkeit darf endlich nicht nichtig oder untergegangen sein. Wird der Schuldner von der Leistung durch unverschuldete Unmöglichkeit frei, dann kommt die Verpflichtung des Ausfallbürgen überhaupt nicht zur Entstehung. Sollte der Einsteher auch für den Fall derartigen zufälligen Untergangs und Wegfalls der Leistungspflicht für den Ausfall haften, dann kann wiederum nur eine Ausfallgarantie vorliegen. Das Gleiche gilt dann, wenn für den Ausfall durch etwaige Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Unwirksamkeit wegen Formmangels usw. der Verbindlichkeit gehaftet werden sollte. (Vergl. unten S. 32 und 38.)

Neben diesen Fällen der vertraglich vereinbarten Schadlosbürgschaft gibt es noch zwei Fälle einer gesetzlichen Ausfallbürgschaft. Verbürgt sich jemand beim Zwangsvergleich für die Zahlung der Vergleichsquote, so haftet er denjenigen Gläubigern, die abgesonderte Befriedigung verlangen können, ohne weiteres nur auf den Ausfall, den sie hierbei erleiden. Denn nach § 64 KO. können diese Gläubiger nicht sofort die volle Vergleichsquote verlangen, sondern müssen vorerst aus der Sicherung Befriedigung suchen. Das Gleiche gilt für den freiwilligen gerichtlichen Vergleich zur Abwendung des Konkurses, denn § 2 der Vergleichsordnung erklärt § 64 KO. für entsprechend anwendbar.

3. Kapitel.

Es ist der Begriff der Schadlosbürgschaft klargelegt worden. Es zeigt sich nun, daß es neben der Ausfallbürgschaft auch andere Fälle einer Ausfallhaftung gibt. Unter diesen wird man zweifach zu unterscheiden haben:

1. Es kann der Garantievertrag die Gestalt einer Ausfallgarantie annehmen.
2. Es kann, angelehnt an einen Hauptvertrag, die Pflicht zu einer Ausfallhaftung übernommen werden.

Die Untersuchung wird die begriffliche Selbständigkeit dieser Haftungsgruppen nachzuweisen haben.

---

[62]) So z. B. Planck § 765 Anm. 8a, Westerkamp S. 82 ff.

§ 4.

Abgrenzung von der Ausfallgarantie.

Schwierigkeiten macht die Abgrenzung der Ausfallbürgschaft von dem selbständigen Garantievertrag, insbesondere wenn dieser die Gestalt der Ausfallgarantie annimmt. Daß der Garantievertrag eine im geltenden Recht bestehende Rechtsfigur ist, bedarf nach der Stammlerschen Erörterung[70]) des Begriffs des Garantievertrages und angesichts einer feststehenden Rechtsprechung[71]) nicht. Zu erörtern ist jedoch die Frage, ob die Ausfallgarantie eine selbständige Existenz neben der Ausfallbürgschaft hat oder ob nicht vielleicht Ausfallbürgschaft und Ausfallgarantie rechtlich keine Unterschiede aufweisen, behaupten doch Cosack[72]) und von Tuhr[73]), die Ausfallbürgschaft sei lediglich eine Form des Garantievertrages. Auch die Erörterungen Bindewalds[74]), auf die noch einzugehen sein wird, stehen dem nahe. Um die rechtliche Selbständigkeit beider Rechtsfiguren darzutun, muß mithin eine begriffliche Abgrenzung beider erstrebt werden.

Die Annahme der Gleichheit beider Rechtsinstitute liegt nahe. Denn die Bürgschaft kann man überhaupt als eine Art der Garantie im weitesten Sinne betrachten[75]). Unter einer solchen Garantie würde jedes Einstehenwollen für einen Erfolg, der naturgemäß auch in einem schuldnerischen Handeln bestehen kann, zu verstehen sein. Eine Definition dieses praktisch nicht verwendbaren Begriffs zu geben, liegt nicht im Sinne dieser Arbeit. Jedenfalls bringen aber die Motive[76]) einen richtigen Gedanken zum Ausdruck, wenn sie sagen: „Der Bürgschaftsvertrag läßt sich als ein besonderer Fall des Garantievertrages auffassen. Ueber den letzteren spezielle Normen aufzustellen, ist kein Bedürfnis. Nur gewisse Arten des Garantievertrages bedürfen der besonderen Normierung wie gerade der Bürgschaftsvertrag. Der Garantievertrag entzieht sich auch wegen der Verschie-

---

[70]) Stammler „Der Garantievertrag", Ziv.-A. 69, 1 ff.; vergl. z. B. auch Meinrath „Der Garantievertrag", Diss. Rostock 1910.
[71]) Z. B. RG. 61, 160; 72, 140 ff., Jur. W. 1923 S. 368, 2; bes. RG. 90, 416.
[72]) Cosack § 159.
[73]) von Tuhr S. 176 Anm. 14.
[74]) In „Der Garantievertrag auf Forderungsausfall".
[75]) Hierin stimmen wir mit Bindewald S. 40, 22 überein.
[76]) S. 658.

denheit der Verträge, welche eine Garantieleistung zum Zweck und Inhalt haben, der allgemeinen Regelung." Selbst wenn man also jenen weiten Garantiebegriff annehmen will, so erweist sich doch die Notwendigkeit, daneben einen Garantievertrag im engeren Sinne zu unterscheiden, der dann neben der Bürgschaft als Unterfall der Garantie im weiteren Sinne auftaucht. Diese Garantie im engeren Sinne ist der Stammlersche Garantievertrag. Die Stammlersche Definition des Garantievertrages soll hier übernommen werden. Sie ist zwar gelegentlich angegriffen worden, ist u. E. aber die beste, die bisher aufgestellt worden ist. Eine nähere Erörterung dieses Begriffs würde hier zu weit führen. Nach Stammler[77]) ist der Garantievertrag ein Vertrag, durch den jemand unentgeltlich aus irgendwelchem tatsächlichem Interesse das Risiko einer fremden Unternehmung ganz oder teilweise zu tragen verspricht.

Es unterliegt nun keinen Zweifeln, daß der Garantievertrag auch die Gestalt der Ausfallgarantie annehmen kann. Ein häufiger Fall dieser Art ist die Ausbietungsgarantie. Bei ihr verpflichtet sich der Garant, im Fall der Zwangsversteigerung dem Gläubiger einer Hypothek oder Grundschuld für den Ausfall einzustehen, den dieser an der Hypothek oder Grundschuld erleidet. Häufig, aber nicht notwendig verbunden mit der Garantieübernahme ist eine Ausbietungspflicht, wonach der Garant sich zunächst verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Hypothek ausgeboten wird. Dieser Vertrag ist nicht etwa eine Bürgschaft, denn häufig ist ja eben die Ausbietungspflicht Hauptinhalt des Vertrages. Vor allem aber kann eine Bürgschaft nie Einstehen für dingliche Schuld sein[78]); um dingliche Schuld handelt es sich aber beim Ausbietungsabkommen grundsätzlich, wie das insbesondere bei der Haftung für den Ausfall an einer Grundschuld deutlich zu Tage tritt, denn eine persönliche Forderung braucht hier nicht zu bestehen.

Es zeigt sich also, daß es mindestens eine Ausfallgarantie ähnlich der Bürgschaft für dingliche Schulden gibt. Aber auch wenn die Haftung für den Ausfall an einer persönlichen Forderung übernommen ist, taucht die Frage

---

[77]) S. 1 ff.

[78]) Zur Ausbietungsgarantie vergl. die Aufsätze von Stillschweig, Oertmann und Zschaler.

[79]) Vergl. RGR. § 765 Anm. 3; RG. 93, 234; Warn. 1916 Nr. 130 usw.

auf, ob nicht der vorliegende Vertrag eher ein Garantievertrag als eine Bürgschaft ist. Jemand übernimmt es z. B. dafür einzustehen, daß ein Verkäufer seinen Leistungspflichten nachkommt. Er will dabei auch haften für einen Ausfall, der dadurch eintritt, daß dem Verkäufer durch Zufall die Leistung unmöglich wird. Handelt es sich hier darum, daß für den Erfolg eines Unternehmens im Sinne des Stammlerschen Garantievertragsbegriffs eingestanden wird, oder soll für den Schuldner und sein Leistungsvermögen in der Art einer Bürgschaft gehaftet werden? Eine Abgrenzung ist zunächst nicht mit Sicherheit zu finden.

Es wird also die Frage brennend, ob ein solches Schadlosversprechen nicht einheitlich zu konstruieren ist. Dabei ist zu berücksichtigen: Einerseits findet sich das Schadlosversprechen seit Jahrhunderten in der Gestalt der Bürgschaft entwickelt; die Ausfallbürgschaft erscheint lediglich als Sonderform der normalen Bürgschaft. Demgegenüber steht andererseits der erst jüngst entwickelte Begriff des Garantievertrages, der seiner weiten Fassung nach geeignet ist, auch Fälle zu decken, die möglicherweise der Ausfallbürgschaft unterfielen.

Die begriffliche Abgrenzung beider Rechtsinstitute hat man gelegentlich[80]) in der Weise versucht, daß man sagt, der Bürge hafte bedingt für die *Erfüllung* einer fremden Verbindlichkeit, der Garant dagegen schulde *Schadenserſatz* für den Fall des Forderungsausfalls. Diese Unterscheidung ist in doppelter Hinsicht unrichtig.

Der schlichte Bürge schuldet sehr häufig Schadenersatz. Denn nach § 767 BGB. haftet der Bürge für den jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit, ihn treffen insbesondere auch Veränderungen der Hauptschuld durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners. Wird dem Schuldner also durch sein Verschulden die Leistung unmöglich und wandelt sich dementsprechend die Forderung des Gläubigers in eine Schadenersatzforderung, so schuldet auch der Bürge Schadenersatz. Dasselbe gilt für einen Verzugsschaden. Auch hier haftet der Bürge nach § 767 zweifellos auf Schadenserſatz. Daß der Bürge nicht stets nur Erfüllung schuldet, erhellt besonders auch aus folgendem: Nach herrschender und richtiger Auffassung[81]) ist eine Verbürgung auch dann mög-

[80]) Schwenke S. 56 ff.
[81]) Vergl. Westerkamp S. 154/55 und die daselbst Genannten

lich, wenn es sich um eine unvertretbare Handlung handelt, z. B. die Arbeit eines Künstlers, oder jedenfalls um eine Handlung, die der Bürge nicht vornehmen kann, z. B. die Leistung eines Handwerkers. Hier liegt es ohne weiteres auf der Hand, daß der Bürge Erfüllung nicht schulden kann, sondern nur Ersatz des dem Gläubiger durch die Nichterfüllung entstehenden Schadens.

Ist die Schadensersatzhaftung schon häufig bei der schlichten Bürgschaft, so ist sie geradezu Regel bei der Schadlosbürgschaft. Denn hier muß ja begriffsnotwendig eine Ausklagung des Hauptschuldners in mehr oder weniger großem Umfang vorausgegangen sein. Die Forderung wird demnach stets, wenn nicht wegen schuldhafter Unmöglichkeit, so doch wegen Verzuges Schadensersatzforderung geworden sein. Es zeigt sich also, daß zwar der Bürge zunächst nur auf Erfüllung der Hauptschuld haftet, daß insbesondere der Ausfallbürge aber stets Schadensersatz schulden wird.

Andererseits wird die Ersatzpflicht des Garanten häufig nur darin bestehen, daß er die Hauptschuld in Höhe des Ausfalls zahlt, also erfüllt. Auch wird der Garantienehmer oft nur Haftung in Höhe einer Garantiesumme übernehmen. Dabei würde dann die Feststellung sicher Schwierigkeiten machen, ob nun diese Summe als Schadensersatzleistung oder Erfüllung an Stelle des Schuldners aufzufassen ist.

Es dürfte hiermit nachgewiesen sein, daß nicht an die Feststellung, daß es sich im konkreten Fall um eine Haftung auf Schadensersatz handelt, die Folgerung geknüpft werden kann, das vorliegende Rechtsverhältnis sei ein Garantievertrag. Auf Grund dieses Mißverständnisses kommen insbesondere Cosack und von Tuhr[82]) zu ihrer Behauptung, die Ausfallbürgschaft sei nichts als eine Garantie. So sagt Cosack, nachdem er festgestellt hat, daß gewisse Aehnlichkeiten zwischen Bürgschaft und Garantie bestehen, besonders wenn der Garant die Erfüllung einer eventuell entstehenden Forderung gewährleistet: „Doch verspricht der Garant keineswegs die Erfüllung der Forderung im Notfalle an Stelle des Bürgen selber zu besorgen, sondern er ist, wenn der Dritte nicht erfüllt, lediglich zu Schadensersatz verpflichtet. Hierher gehört auch die sogen. Schadlosbürg-

[82]) Cosack § 159; von Tuhr S .176 Anm. 14.

schaft." Einen ähnlichen Gedankengang geht von Tuhr, wenn er sagt: „Unter Bürgschaft versteht das Gesetz das Versprechen, für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit einzustehen. Daher ist die sogen. Schadlosbürgschaft, bei welcher jemand verspricht, den durch die Insolvenz des Schuldners entstehenden Schaden zu ersetzen, kein Fall der Bürgschaft, sondern des Garantievertrages." Beide gehen von der nachgewiesenermaßen irrigen Voraussetzung aus, daß der Bürge begriffsnotwendig nur Erfüllung schulde. Der Hinweis auf § 767 beweist, daß die Haftung des schlichten Bürgen stets Schadensersatzhaftung sein kann. Im Sonderfall der Ausfallbürgschaft ist sie es tatsächlich stets.

Denkbar wäre des weiteren eine Unterscheidung von Ausfallbürgschaft und Ausfallgarantie nach dem Maß der Haftung des Garanten. Diese Unterscheidung müßte etwa in der Art erfolgen, daß man feststellt: Bürgschaft liegt stets dann vor, wenn nur für verschuldete Veränderungen der Forderung gegen den Hauptschuldner eingestanden werden soll, Garantie, wenn auch für zufällige Leistungsunmöglichkeit gehaftet werden soll. Diese Unterscheidung ist aber nicht haltbar, denn es ist durchaus denkbar, daß auch der Bürge für Zufall haftet. Hat nämlich der Schuldner ausdrücklich die Haftung für Zufall übernommen, so haftet auch der Bürge für Zufall, da für ihn die Hauptverbindlichkeit maßgebend ist. Nach dem rein äußeren Maß der Haftung, d. h. nach der Feststellung, ob der Garant für Zufall haftet oder nicht, kann demnach eine Unterscheidung nicht getroffen werden.

Auch nach der Person der Kontrahenten kann nicht unterschieden werden. Allerdings ist es richtig — wie Stillschweig[83]) betont —, daß die Garantie, und zwar ist hier wieder an die Ausbietungsgarantie gedacht, nicht stets zwischen (Hypotheken-)Gläubiger und Garanten abgeschlossen wird, während die Bürgschaft immer zwischen Gläubiger und Bürgen vereinbart wird. Der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner, der Zedent einer Hypothek, der für deren Güte Gewähr übernommen hat, können ein eigenes Interesse an der Ausbietung haben und darum Subjekt des Garantievertrages sein. Aber in der Mehrzahl der Fälle werden doch eben Gläubiger und

---

[83]) S. 335.

Garant den Vertrag schließen. Als Unterscheidungsmerkmal hat die Tatsache, wer Vertragspartei war, nur beschränkten Wert. Nur wo in der geringeren Zahl der Fälle der Vertrag zwischen einem dritten Nichtgläubiger und dem Garanten geschlossen ist, kann der Schluß gezogen werden, daß eine Bürgschaft nicht vorliegt[84]).

Sehr nahe endlich liegt es, die Unterscheidung in derselben Weise durchzuführen, wie das durch die Praxis bei der Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt geschieht. Man könnte den Unterschied etwa in der Weise formulieren: Die Bürgschaft ist Interzessionsgeschäft und erfolgt als solches stets im Interesse des Schuldners, also vom Standpunkt des Bürgen aus *in fremdem Interesse*. Die Garantie dagegen wird wie der Schuldbeitritt *im eigenen Interesse* geschehen.

Eine begriffliche Scheidung nach diesem Merkmal — eigenes oder fremdes Interesse — würde zugleich auch eine Rechtfertigung bedeuten für die unterschiedliche Behandlung von Ausfallbürgschaft und Ausfallgarantie mit Bezug auf die Form. Der Gesetzgeber hat bei der Bürgschaft Schriftlichkeit der Bürgschaftserklärung deshalb angeordnet, weil die Bürgschaft Interzessionsgeschäft, Geschäft lediglich in fremdem Interesse, ist und deshalb als besonders gefährlich erkannt ist. Erwägungen solcher Art treffen da sofort nicht mehr zu, wo das Eintreten für ein fremdes Handeln (Leistensollen) im eigenen Interesse erfolgt. Zeichnet sich der Garantievertrag durch solch ein eigenes Interesse des Garanten aus, so ergibt sich daraus zwanglos die Ueberflüssigkeit der Schriftform für die Garantenerklärung; hält doch die herrschende Ansicht[85]) den Garantievertrag nicht für formbedürftig.

---

[84]) Erwähnt sei hier der Fall RGHG. X Nr. 15 86 ff.: Jemand verpflichtet sich gegenüber einer OHG. zur Abwicklung einer Konkursmasse „zu dem Ausfall, welcher bei der Abwicklung der Geschäfte für die Gesellschaft entstehen möchte, bis zum Betrage von 5000 Thlr. beizutragen". Hier handelt es sich, wie die Entscheidung mit Recht sagt, um einen Garantievertrag, weil nicht dem Gläubiger gegenüber eine Verpflichtung übernommen wurde, für die Schulden eines Dritten einzustehen, sondern eine Zusage an den Schuldner gemacht ist, daß man für seine Schuld im Zahlungsfalle ganz oder teilweise aufkommen werde.

[85]) Vergl. RGR. Vorbem. 5d zur Bürgschaft; RG. Warn. 09 Nr. 16 S. 291; Jur. W. 1927 S. 1109, 1; auch Enneccerus Bd. I, 2 § 417, I, 1.

[86]) RG. 61, 160.

Aber die genannte Unterscheidung versagt, so gut sie die meisten Fälle treffen mag, doch in vielen anderen. Zunächst kann auch die Uebernahme einer Bürgschaft durch ein wirtschaftliches Interesse veranlaßt sein. Es sei nur folgender sicher nicht seltener Fall erwähnt: Der Zedent übernimmt dem Zessionar gegenüber Bürgschaft für die abgetretene Forderung. Zwischen beiden besteht reger Geschäftsverkehr. Das ausgesprochene Interesse, das hier der Bürge an der Realisierbarkeit der Forderung für seinen Zessionar haben mag, liegt auf der Hand. Andererseits finden sich Fälle des Garantievertrages, wo jedes eigene Interesse des Garanten fehlt. Der persönliche Schuldner ist Eigentümer eines Grundstücks, das zu Gunsten eines Gläubigers mit einer Hypothek belastet ist. Mit Genehmigung des Gläubigers findet privative Schuldübernahme statt. Wider Erwarten erweist sich der neue Schuldner als nicht zahlungsfähig. Der Gläubiger ist nunmehr allein auf die Hypothek angewiesen; diese droht in der Zwangsversteigerung auszufallen. Der Eigentümer möchte dem Gläubiger aus persönlichen Gründen diesen Ausfall ersparen. Auf sein Bitten übernimmt ein Freund des Eigentümers die Ausbietungsgarantie dem Gläubiger gegenüber. Hier fehlt jedes eigene Interesse des Garanten, die wirtschaftliche Situation entspricht genau der, wie sie bei Uebernahme einer Ausfallbürgschaft für die persönliche Forderung durch einen uninteressierten Dritten bestehen würde.

Ob daher Handeln des Gewährleistenden im eigenen oder fremden Interesse vorliegt, kann als begriffliches Unterscheidungsmerkmal nicht maßgebend sein, sondern höchstens als Indiz dafür verwandt werden, ob Garantie oder Bürgschaft vorliegt.

Eine begriffliche Unterscheidung gestattet allein das Merkmal der Akzessorietät[87]). Der Ausfallbürge wie der schlichte Bürge will nur schulden, wenn der Hauptschuldner zu leisten verpflichtet ist, er will nur soviel schulden, wie der Hauptschuldner zu leisten gehalten ist. Der Verpflichtungswille des Garanten, insbesondere des Ausfallgaranten unterscheidet sich dadurch von dem des Bürgen, daß er nur

[87]) So besonders deutlich RG. 90, 416; vergl. auch Recht 08 Nr. 3595, Recht 09 Nr. 2108; Recht 11, Nr. 2726; Gruchot 51, 595; RG. 61, 157 usw.; ferner Stammler S. 37. Unklar dagegen RGR. 6b vor § 765 ff.

für einen Erfolg einstehen soll, ohne Rücksicht darauf, ob ein etwa sonst vorhandener Schuldner noch zur Leistung verpflichtet ist oder nicht. Es handelt sich bei der Garantie um einen selbständigen Verpflichtungsvertrag, dem eine Abhängigkeit von einem anderen Rechtsverhältnis fremd ist. Der Garant für Forderungsausfall haftet auch für den Ausfall, der durch Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Unwirksamkeit wegen Formmangels, Wegfall der Leistungspflicht wegen zufälliger Unmöglichkeit usw. entsteht. Wie eine Bürgschaft nicht denkbar ist ohne Akzessorietät, ohne Abhängigkeit von einer Hauptforderung, so ist für die Garantie, insbesondere die Ausfallgarantie, das Fehlen jeder Akzessorietät typisch.

Dieser Satz findet sich auch nicht etwa bei der Ausbietungsgarantie durchbrochen. Stillschweig[88]) hat hier folgenden Satz entwickelt: Wenn die Forderung, für die eine Hypothek haften sollte, nicht zur Entstehung gelangt, dann ist auch die Ausbietungsgarantie inhaltslos; das Gleiche gilt wenn die Forderung nachträglich erlischt. Denn die Ausbietung der Eigentümerhypothek kann nicht Sinn der Garantie sein[89]). Es ist aber ungenau, wenn Stillschweig daraus schließt[88]): „Die Ausbietungsgarantie ist wie die Bürgschaft akzessorisch. Sie ist vom Bestande der Forderung, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt ist, und vom Bestande der Hypothek abhängig." Es ist allerdings soviel richtig, daß die Ausbietungsgarantie sowohl in ihrem Entstehen wie in ihrem Bestehen von der Forderung beeinflußt wird. Aber dieser Einfluß ist kein unmittelbarer, die Abhängigkeit ist nur eine mittelbare, insofern als Bestand und Gestalt der Hypothek von der Existenz der Forderung abhängt. Daß die Forderung ein unwesentliches Moment ist, tritt auch dann besonders deutlich zu Tage, wenn die Ausbietungsgarantie eine Grundschuld betrifft, die ja von einer Forderung unabhängig ist. Es ist ferner auch richtig, daß von der Hypothek wieder die Wirksamkeit der Ausbietungsgarantie abhängt. Wenn sich jemand verpflichtet, eine Hypothek auszubieten, und die zu Grunde liegende Forderung kommt nicht zur Entstehung, wäre es offenbar sinnlos, wenn die nun entstandene Eigentümerhypothek vom Garanten ausgeboten werden soll. Aehnlich ist die

[88]) Seite 334.
[89]) Seite 338.

Lage, wenn die zu Grunde liegende Forderung später erlischt[90]).

Diese Abhängigkeit von der Existenz der Hypothek läßt sich aber nicht, wie das bei Stillschweig geschieht, als Akzessorietät bezeichnen. Darunter versteht man üblicherweise nur die Abhängigkeit einer Sicherheit oder Sicherungsverpflichtung von einer Forderung, einer Hauptverbindlichkeit. Akzessorisch ist die Haftung des Bürgen, akzessorisch ist die Haftung des Mobiliarpfandes, akzessorisch in gewissem Umfange auch die Hypothek. In vollendeter Form formuliert Westerkamp das Wesen der Akzessorietät mit Bezug auf die Bürgschaft, wenn er sagt[91]): „Bürgenhaftung ist Haftung nur nach Maßgabe des jeweiligen Bestandes und Umfangs der Hauptverbindlichkeit, nur eine sicherheitgewährende Haftung für das, worauf auch ein anderer haftet, nie mehr oder etwas anderes, als dieser andere schuldet, ...“

Die Abhängigkeit der Ausbietungsgarantie von der Existenz und Gestalt der Hypothek läßt sich demnach als Akzessorietät nicht bezeichnen. Es handelt sich hier vielmehr um eine Erscheinung, die dem Garantievertrag überhaupt wesenseigentümlich ist. Jeder Garantievertrag wird inhaltlos und damit unwirksam, wenn das Unternehmen, für dessen Erfolg eingestanden werden soll, überhaupt nicht zur Entstehung gelangt[92]). Dieser Fall ist streng zu scheiden von dem, daß das Unternehmen zwar beginnt, aber sein Erfolg ausbleibt; in diesem Falle wird die Haftung des Garanten gerade von Bedeutung. Im Falle der Ausbietungsgarantie ist das Unternehmen, für dessen Erfolg eingestanden werden soll, die Ausbietung einer Fremdhypothek zu Gunsten des Gläubigers. Kommt nun die Hypothek überhaupt nicht als Fremdhypothek zur Entstehung oder verwandelt sie sich später in eine Eigentümerhypothek, so ist das garantierte Unternehmen von vornherein überhaupt

[90]) Allerdings ist es denkbar, daß dem Eigentümer gegenüber, wenn dieser nicht Gläubiger der Forderung ist (§ 1177 Abs. 1 BGB.), die Ausbietungspflicht übernommen ist. Dann bestehen an ihrer Gültigkeit auch keine Zweifel. Vergl. Stillschweig S. 338.

[91]) S. 77, auch S. 132.

[92]) Vergl. Stammler S. 126.

nicht mehr möglich und eine dahingehende Garantie inhaltlos. Diese dem Garantievertrag eigentümliche Erscheinung hat aber eben, wie betont, mit Akzessorietät, d. h. dauernder inhaltlicher Abhängigkeit von einer Hauptforderung, nichts zu tun.

Daß die Akzessorietät Merkmal der Ausfallbürgschaft ist und diese sich dadurch von der Garantie unterscheidet, wird in gewisser Weise von Bindewald bestritten. Bindewald behauptet nämlich, daß zwar eine Minderzahl der heute der Ausfallbürgschaft unterstellten Fälle tatsächlich solche akzessorischer Bürgenhaftung seien, daß aber die große Mehrzahl dieser Fälle besser dem Begriff des Garantievertrages untergeordnet würden, da bei ihnen der Wille zu akzessorischer Haftung nicht nachweisbar sei[93]). Von einer falschen Voraussetzung ausgehend, konstruiert Bindewald einen „Garantievertrag auf Forderungsausfall", der sich in seiner wesentlichen Gestalt von einer akzessorischen Bürgschaft nicht unterscheidet; soweit aber seine Wirkungen von denen einer Bürgschaft abweichen, sind sie äußerst bedenklich und für den Garanten gefährlich.

Bindewald geht davon aus, daß der sogen. Schadlosbürge in der Mehrzahl der Fälle sich gar nicht für die Person des Schuldners verbürgen, gar nicht für die Erfüllung durch diesen einstehen wolle[94]). Weil nun diese Vorstellung, für die Person des Hauptschuldners einzutreten, ganz in den Hintergrund trete, könne es sich nicht um eine akzessorische Verbindlichkeit handeln, sondern lediglich um eine selbständige Garantie.

Diese Schlußfolgerung ist unrichtig. Bindewald schiebt hier zu stark das Moment des Einstehens für die Person des Hauptschuldners in den Vordergrund. Es ist zwar richtig, daß bei einer akzessorischen, d. h. abhängigen Haftung die Person des Schuldners typischerweise eine Rolle spielen wird. Nicht ganz ohne Grund formuliert Oertmann[95]) den Unterschied von Bürgschaft und Garantie als den von persönlicher und sachlicher Garantie. Akzessorietät bedeutet aber zunächst immer nur Abhängigkeit von der Ver-

93) S. 26, 33, 38, 41 ff., 54.
94) Bes. S. 38 und 44.
95) Vorbem. 2 zur Bürgschaft.

pflichtung eines Dritten. Die Person des Dritten, für dessen Verbindlichkeit eingestanden werden soll, kann, ohne daß Zweifel darüber entstehen können, daß es sich um eine Bürgschaft handelt, auch in den Hintergrund treten. Findet sich doch oft genug gerade in den (schlichten) Bürgschaftsverträgen der Banken die Formel: Diese Bürgschaft bleibt auch bei einem etwaigen Wechsel der Inhaber oder bei einer Aenderung der Rechtsform der Firma des Hauptschuldners oder bei einer Aenderung der Firma bestehen[96]). Das ergibt vor allem der § 418 BGB.[97]). Danach erlischt zwar, wenn nichts Abweichendes vereinbart ist, die Bürgschaft mit einer Schuldübernahme. Das gilt aber nicht, wenn der Bürge einwilligt; und solche Einwilligung kann von vornherein bei der Verbürgung geschehen.

Unsere Anschauung bestätigen die Motive und Protokolle[98]). Sie kennzeichnen es als eine Ausnahme, die aus Billigkeitsgründen zu machen war, wenn die als akzessorisches Recht zu einer Hauptforderung geschaffene Bürgschaft durch den Wechsel in der Person des Schuldners dieser Forderung berührt wird. So besonders deutlich die Motive[98]): „Das Prinzip der Sondernachfolge in die Schuld erheischt an sich, alle zur Verstärkung dienenden Nebenrechte fortdauern zu lassen. Allein die Regel erleidet verschiedene Ausnahmen", nämlich die des § 418. Bei strikter Durchführung des Prinzips der Akzessorietät dürfte es auf die Person des Hauptschuldners gar nicht ankommen. Nur im Interesse der Billigkeit hat der Gesetzgeber sich zu einem Erlöschen der Bürgschaft bei Schuldnerwechsel entschlossen, hat aber eben daneben die Bürgschaft ohne Rücksicht auf die Person zugelassen.

Es kann demnach festgestellt werden, daß das Moment des Einstehens für eine Person bei der Bürgschaft durchaus in den Hintergrund treten kann, es ist insbesondere nicht notwendig mit dem Begriff der Akzessorietät verbunden.

---

[96]) Vergl. Form.-Buch 192, 169.

[97]) Diese Schlußfolgerung wird geleugnet von Westerkamp S. 182 ff., der Regelsberger Handbuch S. 537 zitiert. Dagegen sprechen die nachstehend zitierten Protokolle und Motive. Die hier vertretene Ansicht teilt Blume S. 129, 132 ff.

[98]) Motive II, 147; Protokolle I, 424.

Es ist also völlig abwegig, wenn Bindewald meint, der sogenannte Schadlosbürge könne deshalb nicht den Willen zu einer akzessorischen Verbindlichkeit haben, weil bei ihm die Vorstellung des Einstehens für eine bestimmte Person gar nicht vorhanden sei.

Unzureichend ist damit auch die schon erwähnte Oertmannsche Formulierung des Unterschieds von Bürgschaft und Garantie als des von persönlicher und sachlicher Garantie. Bei der Beantwortung der Frage, ob Bürgschaft oder Garantie vorliegt, kommt es einzig und allein darauf an, ob der sich Verpflichtende seine eigene Haftung in Bestand und Umfang von der Haftung eines anderen hat abhängig machen wollen. Trifft das zu, dann liegt eine Bürgschaft vor.

Die Bindewaldsche Konstruktion erweist sich aber vor allem als völlig überflüssig.

Von der genannten irrigen Voraussetzung ausgehend, vertritt Bindewald, wie gesagt, die Anschauung, daß derjenige, der sich für den Ausfall verpflichtet, in der Regel einen Garantievertrag abschließt. Bindewald muß aber sofort als der Billigkeit entsprechend einräumen[99]), „daß der Garant naturgemäß einerseits das gültige Bestehen der Forderung beim Vertragsschluß voraussetzt und andererseits seine Verpflichtung von dem Bestande der Forderung, die überhaupt die Grundlage seiner Garantieübernahme bot, abhängig macht". Dabei ständen ihm dann die Bürgschaftsnormen als Maß der Haftung vor Augen. Das heißt doch aber dann — was Bindewald völlig verkennt —, daß eben der Gewährleistende Abhängigkeit seiner eigenen Haftung von Bestand und Inhalt der Verpflichtung des Hauptschuldners will. Damit ist die beabsichtigte Haftung eine akzessorische und unterscheidet sich in nichts von der eines Bürgen. Die Konstruktion einer akzessorischen Ausfallgarantie — deren Akzessorietät Bindewald ja freilich leugnet — neben der akzessorischen Ausfallbürgschaft erweist sich damit als überflüssig. Diese kann nur dazu dienen, die ohnehin schwierige Abgrenzung zwischen Ausfall-

[99]) S. 26 ff., vergl. auch S. 32.

bürgschaft und Ausfallgarantie ganz unklar werden zu lassen[100]).

Die Bindewaldsche Konstruktion ist schließlich in ihren Folgen schädlich und gefährlich.

Nachdem Bindewald[101]) die §§ 767, 768, 770, 777 — Bestimmungen, die dem Gedanken der Akzessorietät entspringen — der analogen Anwendung auf den „Garantievertrag auf Forderungsausfall" für fähig erklärt hat, nachdem er ferner auch die Ausklagung des Hauptschuldners als Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Garanten festgestellt hat, lehnt er[102]) eine Anwendung des § 774 ab, weil diese Bestimmung allein für den Fall der akzessorischen Bürgschaft Sinn habe, also auf den von ihm konstruierten, seiner Ansicht nach nicht akzessorischen Garantievertrag auf Forderungsausfall nicht angewendet werden könne. Auf diese Weise würde also der Ausfallbürge in der Mehrzahl der Fälle bezüglich seines Rückgriffs auf die sehr viel ungünstigeren allgemeinen Vorschriften über die Regreßnahme angewiesen sein.

Von seiner irrigen Annahme ausgehend, daß die von ihm konstruierte Garantieverpflichtung nicht akzessorisch sei, vertritt Bindewald[103]) schließlich die Anschauung, daß die Schriftform des § 765 nicht erforderlich sei. (Vgl. über sie unten S. 40 ff.) Diese Folgerung ist eben wegen ihrer falschen Voraussetzung völlig unhaltbar und mit dem Sinne des Gesetzes nicht verträglich. Dies umsomehr, als Bindewald[104]) behauptet, ein Mangel in der Schriftform bei der

---

100) Was Bindewald sonst noch zu Gunsten seiner Konstruktion anführt, ist ebenfalls unzureichend. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Sorgfaltspflicht (vergl. unten S. 47 ff.) sich bei seiner Konstruktion als natürliche Parteivereinbarung erklären läßt, während sie bei der Ausfall*bürgschaft* hineinkonstruiert sein soll. — Des weiteren ist zwar zuzugeben, daß die Akzessorietät bei der Ausfallbürgschaft sehr abgeschwächt erscheint, insofern als die Forderung, für die gehaftet wird, ja erst mit Eintritt des Ausfalls entsteht. Trotzdem besteht aber schon vorher eine Abhängigkeit von der Forderung, für deren Ausfall gehaftet wird. B. sagt ja selbst S. 53: „Trotz aller Bedenken kann aber nicht geleugnet werden, daß die ..... Verpflichtung des frustra excussus gültig neben derjenigen des Schadlosbürgen bis zur Erfüllung der letzteren und der damit verbundenen Tilgung der ersteren fortbesteht."

101) S. 54 ff.

102) S. 57.

103) S. 66 ff.

104) S. 68.

von ihm ja als ebenfalls möglich anerkannten echten Schadlosbürgschaft könne dadurch unschädlich gemacht werden, daß die Ausfallbürgschaft im Wege der Konversion als Garantievertrag auf Forderungsausfall aufrecht erhalten werde.

Die von Bindewald geschaffene Konstruktion erweist sich demnach als untragbar. Sie beweist insbesondere nicht, daß die hier getroffene Unterscheidung von Ausfallbürgschaft und Ausfallgarantie je nach dem Vorliegen einer akzessorischen oder selbständigen Verpflichtung unrichtig ist. Denn Bindewalds Behauptung, daß in der Mehrzahl der Fälle der Ausfallbürgschaft akzessorische Haftung nicht gewollt sei, hat sich als unrichtig herausgestellt.

Als Ergebnis der Untersuchung ist demnach festzustellen:

Die Ausfallbürgschaft ist akzessorisches Eintreten für fremde Verbindlichkeit. Die Haftung des Ausfallbürgen ist in ihrem Entstehen, ihrem Inhalt und Umfang abhängig von der Haftung des Hauptschuldners. Die Ausfallbürgschaft ist mithin Sonderform der schlichten Bürgschaft.

Die Ausfallgarantie (Garantie für Forderungsausfall) ist selbständiges Haften für einen Erfolg, für den zunächst ein Hauptschuldner einzustehen hat. Sie ist unabhängig davon, ob die Verbindlichkeit des Hauptschuldners fortbesteht, unabhängig je nach der Sachlage, nach dem Parteiwillen auch davon, ob die Forderung gegen den Hauptschuldner überhaupt zur Entstehung gelangt. Der Garant haftet deshalb auch bei Wegfall der Leistungspflicht des Hauptschuldners wegen zufälliger Unmöglichkeit, er haftet — wenn der Parteiwille das ergibt — auch für den Ausfall, der durch Richtigkeit, Anfechtbarkeit, Unwirksamkeit wegen Formmangels der Hauptverbindlichkeit entsteht.

Ob im Einzelfall Ausfallbürgschaft oder Ausfallgarantie vorliegt, kann nur die Auslegung des Parteiwillens ergeben. Mit der Annahme einer Ausfallgarantie wird man wegen der weiter reichenden selbständigen Haftung etwas zurückhalten müssen. Ist die Person des Schuldners genannt, so ist dies ein Anzeichen dafür, daß Ausfallbürgschaft gemeint ist. Ueberhaupt wird man im Zweifel Ausfallbürgschaft annehmen müssen [1], denn dabei steht sich der Bürge

[1]) So auch RG. 90, 416; ferner Boe zu Jur. W. 1923 S. 368, 2

besser. Wenn nicht ein eigenes Interesse nachweisbar ist, spricht eine Vermutung gegen die Uebernahme der strengeren Haftung des Garanten. Im Prozeß wird die Beweislast dafür, daß es sich um einen Garantievertrag mit seiner weiterreichenden Haftung handelt, dem Kläger zufallen als demjenigen, der sich zur Klagebegründung darauf berufen muß.

§ 5.

2. Abgrenzung von der Ausfallhaftung als Nebenpflicht aus einem Hauptvertrag.

Zu behandeln sind hier noch die häufigen Fälle, daß der Schuldner gelegentlich eines Kaufs, Tauschs oder einer Hingabe an Erfüllungsstatt von einer Forderung, Hypothek oder Grundschuld Haftung für deren Güte, d. h. für den Ausfall übernimmt, den der Erwerber bei der Beitreibung bezw. Zwangsversteigerung erleiden wird.

Die Sachlage ist hier eine ganz ähnliche wie die im vorigen Paragraphen besprochene. Während jedoch dort ein Dritter die Gewähr übernahm, ist hier der Schuldner selbst derjenige, der für den Ausfall zu haften verspricht. Wie dort danach zu unterscheiden war, ob eine unabhängige, selbständige Haftung oder eine abhängige (akzessorische) gewollt war, so muß auch hier unterschieden werden. Nur daß sich aus der Eigenart der Sachlage hier ohne weiteres ergibt, daß in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle eine unabhängige, nicht akzessorische Haftung vorliegen wird. Denn es übernimmt ja hier der Schuldner selbst eine Haftung. Es handelt sich um nichts weiter als eine Erweiterung der gesetzlichen Haftpflicht des Verkäufers, des Tauschenden, dessen, der an Erfüllungsstatt etwas hingibt[106]). Die Haftung für die Güte des abgetretenen Rechts ist untrennbar verknüpft mit der Haftung für dessen Bestand gemäß § 437 bezw. § 515 oder § 365 in V. m. § 437. Es handelt sich von vornherein nicht um akzessorisches Eintreten für die zedierte Forderung, sondern um die Haftung des Verkäufers aus der eigenen Verbindlichkeit auf Grund des Kaufs. Wie weit dabei die Haftung reicht, ob auch für zufällige Leistungsunmöglichkeit eingestanden wird, ist eine Frage der Auslegung des Ge-

[106]) So z. B. RG. Jur. W. 1907, S. 105, 6 . Seuff. A. 62, 181; RG. 72, 140 ff.; Warn. 1916 Nr. 130; RG. Gruchot 62, 792 ff.

samtvertrages, mit dem die Gewährschaftsübernahme verbunden ist.

Es ist natürlich auch denkbar, daß in einem solchen Falle eine Bürgschaft vorliegt[107]). Man wird z. B. bei Abtretung einer Hypothek zu unterscheiden haben, ob der Abtretende nicht nur für den Bestand, sondern auch für die Güte der abgetretenen Hypothek haften wollte, oder ob er nur *für den Fall des Bestehens* der abgetretenen Hypothekenforderung für deren rechtzeitige Befriedigung bei einem eventuellen Ausfall einstehen wollte[108]). Im letzteren Falle handelt es sich um eine rein akzessorische Verpflichtung. Grundsätzlich wird aber eine Abrede solchen Inhalts immer besonderen Nachweises bedürfen und kaum anders als ausdrücklich geschehen können. Anderenfalls würden Haftungsabreden dieser Art sehr häufig wegen Nichteinhaltung der Formvorschrift des § 765 nichtig sein, eine Folge, die keineswegs billig ist, weil es sich eben fast ausnahmslos um eine erweiterte Haftung aus *eigener* Verbindlichkeit handelt, so daß der Grundgedanke des § 765 gar nicht einsetzt. Bei der im BGB. herrschenden Vertragsfreiheit können die Parteien aber, wie schon gesagt, auch ausdrücklich eine Bürgschaft abschließen.

Das *Ergebnis* ist also: Uebernimmt der Schuldner selbst eine Ausfallhaftung, so liegt in dieser Gewährübernahme lediglich eine Erweiterung seiner eigenen Vertragshaftung. Die Uebernahme einer Ausfallbürgschaft ist nur ausnahmsweise denkbar und wird grundsätzlich ausdrücklich vereinbart sein müssen.

4. Kapitel.

§ 6.

Die Schriftform.

Es ist festgestellt worden, daß die Schadlosbürgschaft eine Sonderform der Bürgschaft ist und als solche begrifflich zu scheiden ist von der Ausfallgarantie. Als Sonderform der Bürgschaft untersteht demnach die Schadlosbürgschaft ohne Zweifel auch der Schriftform des § 767 BGB. Hierin liegt

[107]) Auch Motive II S. 127 vertreten den Standpunkt, daß es eine Frage der Ermittlung des Parteiwillens sei, ob Bürgschaft oder Erweiterung der gesetzlichen Haftpflicht vorliegt.

[108]) So RG. Gruchot 62, 792 ff.

zugleich ein Unterschied von der Schadlosgarantie; sie bedarf als Sonderform der Garantie einer Form nicht. Diese unterschiedliche Behandlung zweier nah verwandter Rechtsfiguren bedarf immerhin näherer Untersuchung und Begründung.

Das Reichsgericht[109]) begründet die Formlosigkeit des Garantieversprechens damit, daß dieses als ein vom BGB. nicht geregelter Vertragstypus dem allgemeinen Grundsatz des BGB., nämlich dem der Formlosigkeit, unterliege. Diese Begründung ist gewiß nicht unrichtig, aber sie geht doch an dem inneren Grund der unterschiedlichen Behandlung vorbei. Der Gedankengang des RG. ist nicht zwingend. Es ließe sich doch immer auch der andere gehen: Es handelt sich um einen Vertragstypus, an dessen Regelung das BGB. nicht gedacht hat. Stellt man nun eine starke wirtschaftliche Verwandtschaft zwischen Garantie und Bürgschaft fest, so liegt es nahe, im § 767 einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu finden, der für Garantieverträge im weiteren Sinne (vergl. oben S. 25 ff.), zu gelten hat und der deshalb rechtsähnlich auch auf die Garantie im engeren Sinne anwendbar ist[110]).

Der innere Grund liegt vielmehr in Folgendem: Der Garant handelt im allgemeinen im eigenen Interesse, der Bürge in fremdem Interesse. Der Gesetzgeber gibt nun Formvorschriften überall da, wo der Vertragsschließende durch übereiltes und unüberlegtes Handeln seine Vermögenslage stark gefährden kann. Eine solche Gefährdung liegt da immer besonders nahe ‚wo der Handelnde fremdes Interesse vor eigenes stellt. Bedeutet nun die Bürgschaft Handeln in fremdem Interesse, die Garantie dagegen solches im eigenen Interesse, so ist damit für die Bürgschaft die Notwendigkeit einer Form, für die Garantie deren Entbehrlichkeit nachgewiesen[111]).

Nun trifft freilich der angegebene Grundsatz, daß der Garant in eigenem, der Bürge in fremdem Interesse handelt, nur im Allgemeinen zu; im typischen Fall der Bürgschaft, im typischen Fall der Garantie liegt diese In-

---

[109]) RG. 61, 160.

[110]) Ein ähnlicher Gedankengang findet sich bezügl. Bürgschaft und Schuldbeitritt in einer älteren, überholten Entscheidung des RG. (51, 120), die den Schuldbeitritt für formbedürftig erklärt.

[111]) Insoweit stimmen wir mit Bindewald S. 67 ff. überein.

tereſſenverteilung vor. Es gibt aber eine große Reihe von Fällen, wo die Intereſſenverteilung eine andere iſt; es wurde das bereits oben (S. 30 ff.) bei der Darſtellung des begrifflichen Unterſchieds von Ausfallbürgſchaft und Ausfallgarantie erwähnt und dort deshalb die Intereſſenverteilung als Unterſcheidungsmerkmal für ungeeignet befunden. Das hindert aber nicht, daß dieſe Intereſſenverteilung als der innere Grund für die unterſchiedliche Behandlung bezüglich der Form anzuſehen iſt. Denn bei dem Abwägen des Für und Wider einer Formvorſchrift und der Feſtſtellung ihrer Zweckmäßigkeit kann der Geſetzgeber nur von der typiſchen Rechts- und Intereſſenlage ausgehen, und dieſe iſt in der Tat die angegebene. Das ſchließt dann nicht aus, daß hier und dort ſich Grenzfälle finden, bei denen hier die für die Regel gegebene Formvorſchrift als unpaſſend, dort die für die Regel gegebene Formloſigkeit als unzweckmäßig erſcheint. Mit anderen Worten: Es gibt Fälle der Bürgſchaft, bei denen der Bürge durchaus in eigenem Intereſſe handelt, und eine Form daher überflüſſig erſcheint; es gibt Fälle der Garantie, insbeſondere der Ausfallgarantie, bei denen der Garant durchaus in fremdem Intereſſe handelt und daher eine Formvorſchrift zweckmäßig wäre, um den Garanten vor Uebereilung zu ſchützen.

Der Grundgedanke der unterſchiedlichen Behandlung bezüglich der Form iſt — um es zuſammenzufaſſen — der: Ein akzeſſoriſches Haften für fremde Verbindlichkeit geſchieht in der Regel in fremdem Intereſſe, iſt deshalb beſonders gefährlich; eine Formſchutzvorſchrift iſt demnach geboten. Die Uebernahme einer ſelbſtändigen Verpflichtung, die von der in Betracht gezogenen Hauptſchuldnerverbindlichkeit unabhängig iſt, geſchieht grundſätzlich im eigenen Intereſſe des Gewährleiſtenden; ein Schutz iſt deshalb überflüſſig.

Es iſt nunmehr klarzulegen, wie im einzelnen die Formvorſchrift bei der Ausfallbürgſchaft durchzuführen iſt.

Für die Bürgſchaftsurkunde gelten zunächſt die allgemeinen Regeln, die auch ſonſt für Bürgſchaftsurkunden beſtehen[112]). Die Urkunde hat alſo insbeſondere den Bürgſchaftswillen, die Perſon des Gläubigers, die zu ſichernde

[112]) Vergl. dazu die Kommentare zum BGB.

Forderung hinreichend deutlich erkennen zu lassen. Außerdem wird die Bürgschaftsurkunde regelmäßig einen Hinweis darauf enthalten, daß es sich um eine Ausfallbürgschaft handelt. Ob sie das auch muß wird noch zu untersuchen sein.

Die Parteien brauchen sich dabei natürlich nicht des Ausdrucks Ausfall- oder Schadlosbürgschaft bedient zu haben. Freilich ist dann, wenn der Ausdruck nicht verwandt ist, bei der Auslegung des Parteiwillens mit großer Vorsicht zu verfahren. So kann zwar eine Ausfallbürgschaft in der Weise eingegangen werden, daß sich der Bürge verpflichtet, für die Hauptschuld einzustehen, aber nur bis zu einem gewissen Mindestbetrage, falls nicht einmal der beitreibbar ist, z. B. bei einer Forderung von 100 000 RM für 50 000 RM[113]). Hat aber jemand erklärt, in Höhe eines Teilbetrages der Forderung, z. B. von 10 000 RM, bürgen zu wollen, und hat er in der Bürgschaftsurkunde gesagt, „er hafte solange, bis der Gläubiger seitens des Hauptschuldners völlig bezahlt sein werde[114])", dann ergibt dieser Ausdruck keineswegs eine Schadlosbürgschaft. Er besagt nur, daß der Bürge nicht nur für die ersten 10 000 RM haften solle, sondern solange, bis der Gläubiger vollkommen bezahlt sei. Insbesondere macht auch der Hinweis auf die eigene Zahlungspflicht des Schuldners und, wenn er eigenes Vermögen nicht, wohl aber ererbtes hat, der Hinweis auf dieses Vermögen die Bürgschaft nicht ohne weiteres zu einer Ausfallbürgschaft. Denn vom Bürgen kann man stets sagen, er solle nur dann zahlen, wenn der Schuldner nicht selbst zahlt[115]).

Es ist nun aber durchaus möglich, daß zwar eine Bürgschaftsurkunde vorhanden ist, diese aber einen Hinweis

---

[113]) Im Zweifel soll bei einer Vereinbarung dieses Inhalts Ausfallbürgschaft vorliegen. Vergl. RG. Jur. W. 1912 S. 455, 1 = Recht 1912 Nr. 996.

[114]) Vergl. RG. Jur. W. 1914, S. 350, 4.

[115]) Vergl. RG. Recht 1911 Nr. 3, 179. Hier stand im Vertrag die Klausel, daß der Bürge haften solle, „falls die Kosten nicht aus dem mütterlichen Vermögen des Barons (Schuldners) gedeckt würden". Das RG. sagt dazu, von jedem Bürgen könne man sagen, er solle erst zahlen, wenn der Schuldner selbst nicht zahlt. Wenn hier gerade das mütterliche Vermögen als letzte Zahlungsquelle angegeben sei, so sei das daraus zu erklären, daß zwischen den Verhandelnden feststand, daß der Schuldner anderes als mütterliches Vermögen zunächst nicht haben werde.

darauf, daß nur für den Ausfall gehaftet werden solle, überhaupt nicht enthält, diese Abrede vielmehr mündlich getroffen ist. Dann fragt es sich, ob trotzdem eine gültige Ausfallbürgschaft zustande gekommen ist. Hierbei ist zu unterscheiden, ob es sich um den Normalfall der Ausfallbürgschaft handelt oder um die besonderen Formen, die sogenannte selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft.

Das Reichsgericht[116]) hat bezüglich mündlicher Nebenabreden zum Bürgschaftsvertrag den Grundsatz entwickelt, es komme darauf an, ob diese Nebenabreden eine Erschwerung oder Erleichterung für den Bürgen bedeuten. Im ersten Fall bedürften sie der Form, im letzteren Falle nicht, denn die Form solle ja den Bürgen nur vor übereilten Bürgschaftserklärungen schützen. Habe er aber einmal seinen Bürgschaftswillen rechtsverbindlich erklärt, dann dürfe man ohne weiteres annehmen, daß er mit einer Milderung seiner Haftung einverstanden ist. Eines Schutzes durch die Schriftform bedürfe es hier nicht. Durch die Verabredung nun, der Bürge solle nur für den Ausfall haften, wird dessen Haftung von einer Bedingung abhängig gemacht, die Subsidiarität seiner Haftung wird gesteigert. Es liegt daher nahe, die formlose Gültigkeit solcher Nebenabreden anzunehmen.

Demgegenüber ist aber auf folgendes hingewiesen worden[117]): Droht der Konkurs, dann kann der schlichte Bürge vorher zahlen und ist dadurch günstiger gestellt als der Ausfallbürge. Hat er sich z. B. für einen Kredit von 100 000 RM bis zu 50 000 RM verbürgt, die Konkursquote beträgt 50 Prozent und er zahlt vorher, dann erhält der Gläubiger von ihm 50 000 RM, in dieser Höhe geht die Forderung gegen den Schuldner auf ihn über. Er erhält demnach im Konkurs 25 000 RM; der Gläubiger für den unbefriedigten Teil der Forderung gegen den Hauptschuldner ebenfalls 25 000 RM. Der Bürge büßt hier also 25 000 RM ein. Ist er dagegen Ausfallbürge, dann ist er nicht in der Lage, vor Konkurseröffnung mit befreiender Wirkung zu zahlen, da

[116]) Vergl. RGR. § 766 Anm. 4; RG. 71, 415; RG. 95, 9 ff.; RG. Jur. W. 1911 S. 540, 15; 1918 S. 367, 5. Eine RG.-Entscheidung, die die Frage speziell mit Bezug auf die Nebenabrede der Ausfallhaftung behandelt, war im Schrifttum nicht zu finden.

[117]) Roth, Leipz. Zeitschr. 1910 S. 364 ff.

ja eine Verbindlichkeit überhaupt noch nicht besteht[118]). Es kann deshalb auch nicht die Forderung gegen den Gemeinschuldner auf ihn übergehen. Im Konkurs meldet deshalb der Gläubiger die vollen 100 000 RM an, erhält 50 000 RM und treibt die restlichen 50 000 RM vom Bürgen ein. Der Ausfallbürge büßt also 50 000 RM ein, der Gläubiger erhält volle Deckung. Nur um diese für den Gläubiger günstigere Lage zu schaffen, verabreden die Banken vielfach Ausfallbürgschaften[119]). Im Konkurse ist daher der Schadlosbürge tatsächlich ungünstiger gestellt als der schlichte Bürge.

Trotzdem kann man nicht wie Roth[120]) Schriftform der Nebenabrede der Ausfallhaftung verlangen. Denn im angegebenen Falle hat der Bürge doch erklärt, in Höhe von 50 000 RM jedenfalls haften zu wollen; mehr als 50 000 RM braucht er aber auch bei Ausfallbürgschaft nicht zu bezahlen. Die Nebenabrede bringt ihn nur in die Lage, soviel bezahlen zu müssen, wie er ohne sie im ungünstigsten Falle bei schlichter Bürgschaft auch hätte bezahlen müssen. Unter diesen Umständen läßt sich die Abrede der Ausfallhaftung nicht als erschwerende bezeichnen. Sie ist deshalb formlos gültig.

Das Gesagte gilt aber nur für den Normalfall der Ausfallbürgschaft, nicht auch für die sogenannte selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft. Der selbstschuldnerische Ausfallbürge ist zwar gegenüber dem schlichten Bürgen insofern besser gestellt, als der Gläubiger zur Klagebegründung ein bestimmtes, je nach der Art der gerade vorliegenden selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft verschiedenes Vorgehen gegen den Hauptschuldner und den dabei eingetretenen Ausfall nachweisen muß. Andererseits aber ist der Schadlosbürge, wenn er z. B. für den Ausfall bei einer dinglichen

---

118) Vergl. dazu unten S. 48 f. Anderer Meinung Düringer-Hachenburg § 349 Anm. 62.

119) Vergl. Formularbuch „Bürgschaftserklärung", Vorbem. Die Bankpraxis verhindert jedoch heute meist die vorzeitige Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen gegen seinen Willen durch folgende vertragliche Vereinbarung: „Die Rechte des Gläubigers gehen erst dann auf den Bürgen über, nachdem der Gläubiger wegen seiner sämtlichen Ansprüche an den Hauptschuldner vollständig befriedigt ist. Bis dahin gelten die Zahlungen des Bürgen als Sicherheitsleistung."

120) a. a. O. S. 364 ff.

Sicherheit haftet, nicht wie der schlichte Bürge in der Lage, den Gläubiger auf die Vollstreckung in das übrige bewegliche Vermögen des Schuldners durch die Einrede der Vorausklage zu verweisen. Die Abrede der selbstschuldnerischen Ausfallhaftung wirkt also teils erleichternd, teils erschwerend. Unter diesen Umständen wird sie der Schriftform bedürfen, denn der Bürge läuft auf jeden Fall Gefahr, sich durch diese Abrede ungünstiger zu stellen.

Enthielt dagegen die Bürgschaftsurkunde bereits eine selbstschuldnerische Bürgschaft, so bedeutet die Abrede der sogenannten selbstschuldnerischen Ausfallhaftung lediglich eine Erleichterung. Während der Bürge bisher ohne weiteres sofort in Anspruch genommen werden konnte, haftet er nunmehr z. B. erst, wenn ein Pfand zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausgereicht hat.

Stets formfrei ist die Abrede der Ausfallhaftung dann, wenn es sich um eine Handelsbürgschaft handelt. § 350 HGB. Daß auch die Handelsbürgschaft Ausfallbürgschaft sein kann, ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. § 349 HGB. besagt nur, daß die Handelsbürgschaft selbstschuldnerische Bürgschaft ist, wenn die Parteien nichts anderes verabredet haben.

Soweit die Nebenabrede der Ausfallhaftung formlos gültig ist, fragt es sich, wer für ihr Vorliegen die Beweislast hat. Das Reichsgericht[121]) hat, ausgehend von den Motiven I, 184, den Grundsatz entwickelt, daß eine Urkunde die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich habe. Dieser Satz war offenbar anfänglich im Sinne einer Rechtsvermutung gemeint, so daß es eines förmlichen Gegenbeweises zu deren Entkräftung bedurfte. Heute sieht man die Vermutung nur als eine tatsächliche an[122]). Behauptet demnach der Kläger schlichte Bürgschaft, der Beklagte Ausfallbürgschaft zufolge formloser Nebenabrede, dann braucht er nur die Vermutung der Vollständigkeit der Bürgschaftsurkunde zu entkräften. Zu diesem Zwecke hat er nicht lückenlos nachzuweisen, daß die Parteien jene Verabredung als neben dem schriftlichen Bürgschaftsvertrag bestehend gewollt haben, es genügt schon, daß

[121]) RG. 52, 25 ff.

[122]) Vergl. den Gegensatz von RG. 52, 25 ff. und Jur. W. 1918 S. 367, 5, dazu die Ausführungen von Heck daselbst. Ferner RG. 80, 403 ff.; 95, 125; Jur. W. 1911, S. 540, 15.

er das Bestehen der Nebenabrede mindestens ebenso wahrscheinlich macht, wie die gegenteilige Auffassung des Klägers es ist. Dann wird die normale Beweislastverteilung wirksam, der Kläger hat das Nichtvorliegen einer aufschiebenden Bedingung zur Klagebegründung darzutun. Als solche stellt sich ja die Verabredung der Ausfallbürgschaft dar. Jene Vermutung wird sich leichter dann entkräften lassen, wenn es sich um eine kurze, formularmäßig abgefaßte Urkunde handelt, als dann, wenn die Urkunde bis ins Einzelne ausgearbeitet ist, überall auf Einzelheiten eingeht, insbesondere sonstige Befreiungsgründe angibt. Es versteht sich ferner ohne weiteres, daß diese Erleichterung der Beweisführung für den Kläger dann nicht eingreift, wenn die Urkunde an sich zweideutig ist und ebensowohl die Auslegung des Beklagten zuläßt wie die des Klägers[123]).

Jene Vermutung endlich greift dann überhaupt nicht Platz, wenn die Ausfallbürgschaft Handelsbürgschaft ist. Diese kann mündlich abgeschlossen werden, ebenso naturgemäß alle Nebenabreden. Liegen ein solcher mündlicher Vertrag und mündliche Nebenberedungen vor, so hat der Kläger, wenn der Beklagte Ausfallbürgschaft behauptet, deren Nichtvorliegen zu beweisen.

5. Kapitel.
Pflichten der Parteien.

§ 7.

1. Sorgfaltspflicht des Gläubigers.

Es sind nunmehr die Pflichten der Parteien auf Grund des Schadlosbürgschaftsvertrages festzustellen und zwar zunächst die des Gläubigers.

§ 776 bestimmt für die schlichte Bürgschaft, daß der Gläubiger, der ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, für sie bestehende Hypotheken oder Pfandrechte oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgibt, den Bürgen in soweit nicht mehr in Anspruch nehmen kann, als dieser bei Zahlung an den Gläubiger zufolge des Forderungsübergangs nach § 774 und damit der Sicherheiten (§§ 412, 401)

123) Darauf weist z. B. RG. Warn. 1909 Nr. 340 hin.

aus diesen hätte Ersatz erlangen können. Aus dieser Bestimmung schließt bei der schlichten Bürgschaft die herrschende Meinung[124]), daß es eine allgemeine Sorgfaltspflicht des Gläubigers nicht gibt, denn dann wäre die Bestimmung überflüssig. Eine Pflicht des Gläubigers, den Schuldner zu überwachen, besteht nicht; wird die wirtschaftliche Stellung des Schuldners bedenklich, dann kann der Bürge sich dadurch sichern, daß er seinerseits zahlt und nunmehr schnell und energisch gegen den Schuldner vorgeht. Allerdings untersteht der Gläubiger nach herrschender Meinung[125]) auch hier den Grundsätzen von Treu und Glauben. Gegen Treu und Glauben aber verstößt es, wenn der Gläubiger sich zur Begründung seines Anspruchs auf seine eigene Nachlässigkeit beruft, auf Umstände, die zeigen, daß er nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt hat walten lassen.

Bei der Schadlosbürgschaft dagegen wird man eine allgemeine Sorgfaltspflicht des Gläubigers annehmen dürfen[126]) in dem Sinne, daß von einem Ausfall, für den der Bürge einsteht, dann nicht die Rede sein kann, wenn der Gläubiger ihn durch eigene Nachlässigkeit veranlaßt hat. Das folgt aus der subsidiären Natur der Ausfallbürgenhaftung. Der Bürge will erst haften, wenn der Gläubiger alle sonstigen Mittel zur Befriedigung erschöpft hat, daraus ergibt sich ohne weiteres, daß auch besonders vorsichtiges und umsichtiges Verhalten von ihm zu verlangen ist. Der Bürge will nur für das haften, was der Gläubiger nicht hat erhalten können. Der Gläubiger hat aber erhalten können, wenn er selbst daran schuld ist, daß er tatsächlich nicht erhalten hat. Es fehlt dann an der Voraussetzung, unter der der Schadlosbürge in Anspruch genommen werden kann. Die Sorgfaltspflicht ist aber demnach keine eigentliche Vertragspflicht, sondern lediglich Haftungsbedingung.

Für die Annahme einer Sorgfaltspflicht als Haftungsbedingung spricht ferner, daß der Bürge hier nicht in der

---

[124]) Vergl. die einschlägigen Kommentare, ferner RG. 65, 136; Warn. 07 Nr. 25; 08 Nr. 370; 15 Nr. 17; RG. 87, 327; OLG. 34, 84.

[125]) RG. 87, 327; RG. Jur. W. 05, S. 720, 11.

[126]) Seuff. A. 51 Nr. 178 — Bolze 20 Nr. 566 für das gemeine Recht. RG. Recht 1911 Nr. 712; 08 Nr. 3782; RG. 87, 327. Vergl. auch Staub-Koenige § 349 Anm. 34; RG. 75, 186 ff.; RG. Jur. W. 1911 S. 975 — Recht 1911 Nr. 3454; RG. Jur. W. 05 S. 720, 11.

Lage ist, wenn die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit des Schuldners zweifelhaft wird, den Gläubiger zu befriedigen, dadurch die Forderung zu erwerben, und nunmehr selbst gegen den Schuldner vorzugehen. Denn bevor der Ausfall nicht eingetreten ist, besteht ja eine Verbindlichkeit des Bürgen überhaupt noch nicht, er kann mithin auch nicht mit befreiender Wirkung zahlen. Daß das bedingte Recht vor Eintritt der Bedingung noch nicht besteht, kann wohl heute als herrschende Ansicht bezeichnet werden[127]). Während Schwebens der Bedingung ist lediglich eine Anwartschaft vorhanden, eine Aussicht darauf, bei Eintritt der Bedingung das bedingte Recht, die bedingte Forderung zu erwerben. Diese Anwartschaft wird in vielen Beziehungen wie ein Recht behandelt, man mag sie deshalb auch als Recht bezeichnen[127]). Da es sich aber im Grunde nur um eine Anwartschaft auf Erwerb eines künftigen Rechts handelt, ergibt sich als logische Folgerung, daß die bedingte Forderung vor Eintritt der Bedingung nicht erfüllt werden kann. Eine trotzdem erfolgende Leistung könnte mangels rechtlichen Grundes als Bereicherung wieder herausverlangt werden. § 813 Abs. 2.

Die hier aus dem Wesen der Schadlosbürgschaft hergeleitete Sorgfaltspflicht kann in gewisser Weise auch auf § 162 Abs. 2 BGB. gestützt werden. Führt der Gläubiger nämlich wider Treu und Glauben durch nachlässiges Vorgehen gegen den Hauptschuldner den Eintritt des Ausfalls, d. h. also den Eintritt der Bedingung der Haftung des Ausfallbürgen, herbei, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt. Man wird aber nicht sagen können, daß jede Nachlässigkeit des Gläubigers zugleich einen Verstoß gegen Treu und Glauben enthält. Nicht in jedem Außerachtlassen des im Verkehr Erforderlichen kann ein Verstoß gegen Treu und Glauben gesehen werden, denn dieser erfordert, daß man sich zu den herrschenden Anschauungen von Anstand und guter Sitte in Widerspruch setzt.

Die hier als Haftungsbedingung festgestellte Sorgfaltspflicht des Gläubigers wird aber aufzufassen sein[128]) als die Pflicht, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu

[127]) Vergl. Enneccerus Bd. I, 1 § 185 I, 1d, 3 und die dort Zitierten.
[128]) Vergl. RG. 87, 327 und RG. Jur. W. 05 S. 720, 11: Gegen Treu und Glauben verstieße, wer sich darauf beruft, daß er die im Verkehr gebotene Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten nicht beobachte.

beobachten. Sie geht also über das, was nach § 162 als Sorgfaltspflicht festzustellen wäre, hinaus.

Die Sorgfaltspflicht besteht auch für die Fälle der sogenannten selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft, nur daß sie sich hier naturgemäß auf das Vorgehen im Liquidationsverfahren, gegen den Hauptbürgen, bei der Befriedigung aus den Sicherheiten beschränkt. Auch hier hat ja der Bürge nicht die Möglichkeit, vor Feststehen des Ausfalls zu zahlen, um dadurch selbst in die Lage zu kommen, gegen den Hauptschuldner vorgehen zu können.

Was die Sorgfaltspflicht im einzelnen angeht, so ist folgendes als allgemeiner Inhalt festzustellen: Der Gläubiger hat in gewissem Umfang die Pflicht, den Schuldner zu überwachen. Ergibt sich auch nur ein irgendwie glaubhafter Anhalt dafür, daß der Schuldner unsicher wird, dann hat er Befriedigung zu versuchen. Er darf nicht lange abwarten und dadurch die Vorteile, die schleuniges und energisches Vorgehen gebracht hätten, verloren gehen lassen. Haftet dem Gläubiger für die Forderung ein Pfand, dann hat er die Befriedigung nach den Vorschriften über den Pfandverkauf zu suchen. Verwertet er das Pfand anderweitig gemäß § 1245 BGB., so geschieht das auf eigene Gefahr. Für den dadurch entstehenden Ausfall haftet der Bürge nicht [179]). Ebenso wird der Gläubiger bei der Befriedigung aus Hypotheken und Grundschulden pflichtgemäß abwägen müssen, ob er besser zur Zwangsversteigerung oder zur Zwangsverwaltung schreitet. Ist ein Hauptbürge vorhanden, dann muß er diesen in entsprechender Weise überwachen wie den Hauptschuldner. Im Konkurs muß der Gläubiger seine Forderung rechtzeitig anmelden und auch sonst dafür sorgen, daß er die ihm gebührende Konkursdividende erhält [180]). Er muß, wenn das zweckmäßig er-

[179]) So mit Recht Seuff. A. 51 Nr. 178 = Bolze 20 Nr. 566: „Die Natur eines derartigen Vertrauensverhältnisses bringt es allerdings ohne weiteres mit sich, daß der Gläubiger ohne Zustimmung oder Genehmigung des Bürgen nicht privatim mit dem Verpfänder unter Umgehung des vorgeschriebenen Weges des Zwangsverkaufs die zu Unterpfändern eingesetzten Liegenschaften verkaufen und für den hierbei entstehenden Ausfall den Ausfallbürgen in Anspruch nehmen darf. Der Ausfall ist in einem solchen Falle nicht festgestellt, wie Gesetz und Vertrag es verlangen. Der Bürge, der das geltend macht, leugnet den Eintritt der Bedingung."

[180]) So RG. Recht 08 Nr. 3782.

scheint, den Offenbarungseid erzwingen. Eine Anfechtungsklage dagegen wird der Gläubiger nur dann zu erheben brauchen, wenn der Bürge glaubhaft macht, daß eine solche Klage Erfolg haben wird[131]).

Selbstverständlich ist stets ein gegenteiliger Wille der Parteien denkbar in dem Sinne, daß dem Gläubiger eine allgemeine Sorgfaltspflicht nicht auferlegt ist[132]). Ist ihm die Art der Beitreibung überlassen, so daß es ihm freisteht abzuwarten, zu vollstrecken oder Konkurs zu beantragen, so folgt daraus noch nicht, daß ihm nicht der durch sein nachlässiges Vorgehen verursachte Ausfall zu Lasten fällt[133]).

§ 8.

2. Voraussetzungen und Umfang der Haftung des Ausfallbürgen.

Wichtiger als die Gläubigerpflichten sind die Pflichten des Bürgen, Voraussetzungen und Umfang seiner Haftung.

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Schadlosbürgen sind schon dargelegt worden, sowohl für die normale Ausfallbürgschaft wie für die selbstschuldnerische. (Vergl. oben S. 15 ff. und 19 ff.) Die Haftung des Bürgen setzt des weiteren voraus, daß der Ausfall nicht durch Nachlässigkeit des Gläubigers eingetreten ist, denn der Gläubiger kann nur das ersetzt verlangen, was er bei Anwendung gehöriger Sorgfalt vom Schuldner nicht hat erlangen können. Was dazu gehört, ist ebenfalls erörtert. (Vergl. oben S. 50 f.)

Hier bleibt festzustellen, inwieweit die Gründe, die bei der schlichten Bürgschaft die Einrede der Vorausklage ausschließen, etwa auch die Vorausvollstreckung bei der Schadlosbürgschaft überflüssig machen. Hier ist wieder zwischen der Normalausfallbürgschaft und der selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft zu unterscheiden.

Auf die normale Ausfallbürgschaft ist § 773 Ziff. 1 selbstverständlich nicht anwendbar[134]). Denn bei der nor-

---

131) So OLG. 28, 224.
132) RGHG. 19, 118.
133) RGHG. 14, 216.
134) So z. B. Soergel § 773 Anm. 5.

malen Ausfallbürgschaft ist doch eben die Vorausvollstreckung Klagevoraussetzung. Ebenso reicht eine wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung zufolge Wohnsitzänderung des Hauptschuldners nach Ziff. 2 nicht aus, denn die Haftung des Schadlosbürgen ist als höchst subsidiäre gewollt; es muß deshalb auch in solchen Fällen dem Gläubiger zugemutet werden, erst bei dem Hauptschuldner Befriedigung zu suchen[136]). Ebenso genügt die Konkurseröffnung nach Ziff. 3 an sich noch nicht, um ohne weiteres die Haftung des Schadlosbürgen eintreten zu lassen, auch hier wird der Schadlosbürge zufolge der Subsidiarität seiner Haftung verlangen können, daß der Ausgang des Konkurses abgewartet wird[137]). Freilich — und hierbei wenden wir zugleich die Ziff. 4 analog an — muß es im Konkurs wie bei einer Zwangsvollstreckung überhaupt zur Inanspruchnahme des Bürgen genügen, wenn der Ausfall bereits feststeht[138]). Zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses bedarf es gar nicht des Hinweises auf das Verkehrsbedürfnis, daß es nämlich eine Härte für den Gläubiger bedeuten würde, wenn er den Ausgang des Konkurses abwarten müßte. Sobald der Ausfall feststeht, ist einfach die Bedingung eingetreten, unter der der Schadlosbürge haftet, freilich im allgemeinen zunächst nur bezüglich eines Mindestbetrages, den der Gläubiger im Konkurs oder der Zwangsvollstreckung bestimmt nicht erhalten wird. Den Rest kann er erst dann vom Bürgen verlangen, wenn er der Höhe nach feststeht, wenn insbesondere das Verfahren abgeschlossen ist. Der Ausfall steht aber insoweit noch nicht fest, als der Schuldner um streitige Forderungen prozessiert. Hierauf kann sich der Bürge selbst dann berufen, wenn die betreffende Forderung sich gegen ihn selbst richtet und er ihr Bestehen im Prozeß mit dem Schuldner bestreitet[136]). Denn da es nicht objektiv sicher steht, ob er nicht im Prozeß unterliegen wird, kann er sich auf diese dem Schuldner eventuell noch zustehende Forderung berufen, ohne damit gegen Treu und Glauben zu verstoßen.

[136]) Ebenso Morgner S. 80 ff. A. M. Blumenwald für seinen „Garantievertrag auf Forderungsausfall" S. 56.

[137]) Vergl. oben S. 17 Anm. 55 und den Text dazu.

[138]) So RG. Jur. W. 1929 S. 1386, 18.

Auch in den Fällen der sogenannten *selbstschuldnerischen* Schadloshürgschaft wird Erschwerung der Rechtsverfolgung durch Wohnsitzänderung des Hauptschuldners, mit Bezug auf das Liquidationsverfahren, die Befriedigung aus der dinglichen Sicherheit usw. nicht genügen, um ohne weiteres die Haftung des Bürgen eintreten zu lassen. Im Falle der Konkurseröffnung wird der Gläubiger erst Befriedigung aus der dinglichen Sicherheit oder von dem Hauptbürgen suchen müssen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der Natur dieser selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft. Es bedarf gar nicht erst der Heranziehung des § 773 Abs. 2, der einen solchen Befriedigungsversuch aus Faustpfändern und zurückgehaltenen Sachen für den Fall der Konkurseröffnung und bei sicherlich erfolgloser Zwangsvollstreckung für die schlichte Bürgschaft vorschreibt. Schwierig ist dagegen die Frage, ob die Konkurseröffnung im Liquidationsstadium einer offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne weiteres die Haftung des selbstschuldnerischen Ausfallbürgen, der für den Ausfall im Liquidationsverfahren einsteht, auslöst. Doch wird man hier als dem Parteiwillen entsprechend annehmen dürfen, daß der Bürge, der für den Ausfall im Liquidationsverfahren haften wollte, auch für den Ausfall im Konkurs einzustehen hat. Die Eröffnung des Konkurses bedeutet nur, daß die Ueberschuldung der Gesellschaft größer ist, als es schien, so groß, daß sich Zahlungsunfähigkeit ergab. Mit einer schlechten Finanzlage, mit einer schlechteren als dem Bürgen im Augenblick der Verbürgung vielleicht ersichtlich war, muß er aber von vornherein rechnen. Wie er aber im Liquidationsverfahren erst dann in Anspruch genommen werden konnte, wenn der Ausfall feststand, so muß auch im Konkurs der Ausfall zuerst sicher stehen. Ziff. 4 endlich ist auf den selbstschuldnerischen Schadloshürgen in dem Sinne anwendbar, daß dieser in Anspruch genommen werden kann, sobald feststeht, daß sich im Liquidationsverfahren, beim Vorgehen gegen den Hauptbürgen, bei Befriedigung aus der dinglichen Sicherheit ein Ausfall ergeben wird.

Die *Höhe* der Bürgenhaftung wird bestimmt durch den Ausfall; gehaftet wird zunächst für die Ausfallforderung in ihrem jeweiligen Bestand, d. h. für die Forderung, die *durch* den Ausfall bestimmt wird. Daß sich Veränderun-

gen an der Ausfallforderung als solcher noch vollziehen, wird freilich sehr selten sein. Die Ausfallforderung wird stets auf Geld gerichtet sein. Ausnahmen sind natürlich denkbar. Ging die zugrundeliegende Forderung, für deren Ausfall gehaftet wird, zunächst auf etwas anderes, so wird sie sich doch, wenn und damit die Ausfallhaftung einsetzt, in eine Schadensersatzforderung umgewandelt haben. Denkbar ist eine Veränderung der Ausfallforderung allerdings insofern, als sie durch Verzugszinsen anwachsen kann; für sie haftet auch der Ausfallbürge. Veränderungen sind aber vor allem sehr wohl möglich an der Forderung, für deren Ausfall gehaftet wird, ehe überhaupt der Ausfall eingetreten ist, ehe also die Bürgschaftsverpflichtung zur Entstehung gekommen ist. Auch diese Aenderungen muß der Bürge gegen sich gelten lassen, soweit sie auf Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners beruhen. Das ergibt der Parteiwille, denn es soll für den Ausfall an der Forderung in deren jeweiligem Zustand gehaftet worden. Der Bürge haftet daher auch für Verzugszinsen als eine Erweiterung, die die Forderung vor Ausfalleintritt durch Verschulden des Schuldners erfährt. Für vertragsmäßige Zinsen dagegen wird der Bürge nur dann haften, wenn er sich ausdrücklich neben dem Ausfall an der Hauptforderung auch für deren Ausfall verbürgt hat[139]).

Durch rechtsgeschäftliche Aenderungen, die der Schuldner nach Uebernahme der Bürgschaft vornimmt, kann er die Verpflichtung des Ausfallbürgen nicht erweitern. Räumt z. B. der Schuldner dem Gläubiger an einem Gegenstand, der diesem bereits als Faustpfand haftet, für eine zweite Forderung ein Pfandrecht ein mit der Verabredung, daß das zweite Pfandrecht dem ersten vorgehen soll, dann kann der Bürge, der für den Ausfall bei der Befriedigung aus dem Faustpfand für die erste Forderung haftet, nicht für den Ausfall in Anspruch genommen werden, der dadurch verursacht ist, daß das erste Pfandrecht an die zweite Stelle gerückt ist.

Der Schadlosbürge haftet ferner kraft Gesetzes für die dem Gläubiger vom Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung. § 767 Abs. 2.

---

[139]) Ebenso Schwenbe S. 24 für das römische Recht. A. M. Hasenbalg bezügl. der Verzugszinsen S. 267 ff.

6. Kapitel.

§ 9.

Einreden des Bürgen.

Wie der schlichte Bürge hat auch der Schadlosbürge alle Einreden des Hauptschuldners. Insbesondere kann ihm der Hauptschuldner nicht durch Verzicht solche Einreden entziehen. In einer großen Zahl der Fälle setzt nun das Vorgehen gegen den Schadlosbürgen vergebliche Vorausvollstreckung voraus. Diese braucht nicht unbedingt auf Grund eines Urteils erfolgt zu sein, sie kann auf irgend einen anderen Vollstreckungstitel gestützt gewesen sein. Beim Urteil aber gewinnt die Frage große Bedeutung, ob der Schadlosbürge sich nach Rechtskraft des Urteils noch auf Einreden berufen kann, die der Schuldner entweder im Prozeß nicht geltend gemacht hat oder mit denen er nicht durchgedrungen ist. Man wird sich der herrschenden Ansicht[140]) anzuschließen haben, wonach die Rechtskraft des Urteils gegen den Hauptschuldner den Bürgen nicht berührt. Die Gegenansicht[141]) beruft sich zu Unrecht auf § 767 Abs. 1 Satz 1, wonach für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist. Habe der Schuldner infolge seiner rechtskräftigen Verurteilung die Verpflichtung, urteilsgemäß zu leisten, dann sei damit auch die Verbindlichkeit festgestellt, für die der Bürge einzustehen habe. Auch § 768 soll ergeben, daß der Bürge nur die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen könne, nicht aber die, die ihm durch rechtskräftige Verurteilung genommen seien. Durchgreifend ist vielmehr hier die Bestimmung des § 767 Abs. 1 Satz 3. Rechtsgeschäft im Sinne dieser Vorschrift ist auch die Prozeßführung, weil der Hauptschuldner durch sie in rechtsverbindlicher Weise über den sein Rechtsverhältnis zu dem Gläubiger betreffenden Prozeßstoff verfügt. Das bestätigt auch § 768 Abs. 2, wonach ein Verzicht des Schuldners auf Einreden dem Bürgen gegenüber unwirksam ist.

Der Ausfallbürge hat also wie jeder Bürge grundsätzlich alle Einreden des Hauptschuldners. Ausnahmen gelten

---

[140]) RG. 56, 109; 71, 59; RG. Jur. W. 1909 S. 419, 23; Staudinger § 767 Anm. 6 u. a.

[141]) Hellwig S. 18 und 317 Anm. 1. Seuffert § 325 Anm. 1a.

kraft Gesetzes: Stirbt der Hauptschuldner, dann kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet. Der Bürge kann sich ferner zufolge § 193 KO. nicht auf den Zwangsvergleich der Gläubiger im Konkurs und den damit verbundenen Erlaß der Forderung berufen. Das Gleiche gilt im Falle des freiwilligen gerichtlichen Vergleichs nach § 73 Vergl.-O. Doch kann es für die Frage der Haftung des Ausfallbürgen immer von Bedeutung werden, ob der Gläubiger nicht durch seine Nachlässigkeit es dahin hat kommen lassen, daß er nunmehr zufolge der schlechten Finanzlage des Schuldners auf völlige Beitreibung vom Schuldner verzichten muß, zum teilweisen Erlaß gezwungen ist.

Was von den Einreden gilt, gilt nicht ohne weiteres auch von Gegenrechten des Schuldners, deren Ausübung durch den Bürgen einen Eingriff in die Rechtstellung des Hauptschuldners bedeuten würde. Hierher gehören Aufrechnung, Anfechtung, Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts und Kündigung, endlich die Minderung.

Bei Aufrechnungs- und Anfechtungsmöglichkeit gewährt das Gesetz dem Bürgen eine aufschiebende Einrede, solange die Aufrechnungs- oder Anfechtungsbefugnis besteht. § 770. Während bei der Aufrechnung die Einrede nicht nur dann noch möglich sein wird, wenn der Schuldner sich weder im Prozeß, noch bei der Vollstreckung, noch beim sonstigen Vorgehen des Gläubigers darauf berufen hat, sondern auch zufolge fehlender Rechtskraftwirkung gegenüber dem Bürgen, wenn sie ihm durch Urteil aberkannt ist, wird die Anfechtung dadurch, daß der Schuldner sich trotz Kenntnis auf sie weder beim Prozeß noch beim sonstigen Vorgehen des Gläubigers berufen hat, unmöglich werden. Denn in diesem widerspruchslosen Einlassen liegt eine Genehmigung des anfechtbaren Geschäfts. Dasselbe hat im Falle der Schadloshaftung von der Wandlungseinrede zu gelten. Die herrschende Meinung[1]) gewährt nämlich dem Bürgen, solange der Hauptschuldner wandeln kann, wegen der Aehnlichkeit der Rechtslage mit der bei Anfechtungsmöglichkeit eine aufschiebende Einrede. Minderung dagegen soll der Bürge selbst geltend machen können, weil sie keinen

[1]) So Enneccerus Bd. I, 2 § 413 II, 3; Oertmann § 768 Anm. 2e; RG. 66, 333.

den Schuldner eventuell benachteiligenden Eingriff in seine Rechte bedeutet; auf die Minderungseinrede kann mithin der Schuldner mit Rechtswirksamkeit gegenüber dem Bürgen überhaupt nicht verzichten. Auf Kündigungs- und Rücktrittsmöglichkeit auf Grund des Vertrages endlich kann sich der Ausfallbürge wie jeder andere Bürge überhaupt nicht berufen, da trotz deren Vorliegen grundsätzlich mit Erfüllung des Vertrages gerechnet wird, ein Aufschub also der Parteiabsicht nicht entsprechen würde.

7. Kapitel.

§ 10.

Befreiungsanspruch. Rückgriff gegen Hauptschuldner und Mitbürgen.

Ist die Verbürgung für den Ausfall im Auftrag oder in Geschäftsführung ohne Auftrag für den Schuldner geschehen, dann fragt es sich, in wie weit dem Bürgen die Befreiungsgründe des § 775 zustehen. Ohne Zweifel muß eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners gemäß Ziff. 1 auch beim Ausfallbürgen genügen, um Befreiung verlangen zu können. Denn der Ausfallbürge will nicht ungünstiger dastehen wie ein gewöhnlicher Bürge[143]). Dagegen reicht eine bloße Erschwerung der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner nach Ziff. 2 nicht aus, um den Befreiungsanspruch zu begründen, denn bei der Schadlosbürgschaft muß der Gläubiger, wie schon festgestellt, auch in diesem Falle Vollstreckung bezw. Befriedigung aus den Pfandobjekten usw. versuchen. Der gesetzgeberische Grund für den Befreiungsanspruch, daß nämlich die Gefahr der Inanspruchnahme für den Bürgen steigt, trifft hier nicht zu. Der Befreiungsgrund der Ziff. 3, Verzug des Hauptschuldners, kommt auch dem Ausfallbürgen zugute. Ebenso steht der Befreiungsanspruch der Ziff. 4 dem Schadlosbürgen zu, freilich wird er praktisch bei der normalen Ausfallbürgschaft kaum eine Rolle spielen. Denn hier ist ein vollstreckbares Urteil gegen den Bürgen nur möglich, wenn vorher gegen den Schuldner fruchtlos vollstreckt worden ist. Dann wird aber

[143]) Diesen Grundsatz spricht das RG. mehrfach aus. Vergl. z. B. Warn. 1916 Nr. 50.

der Ausfallbürge in der Regel vergeblich von dem Hauptschuldner Befreiung verlangen, weil dieser gar nicht dazu in der Lage ist.

Wie jeder Bürge hat auch der Ausfallbürge nach § 774 die Möglichkeit des Rückgriffs gegen den Schuldner, wenn er den Gläubiger befriedigt. Steht im Konkurs der Ausfall bereits fest, dann ist der Ausfallbürge bekanntlich von diesem Augenblick an in der Lage, mit befreiender Wirkung zu zahlen. Seine Regreßforderung kann er aber im Konkurs nicht anmelden, denn da der Gläubiger bereits mit der vollen Forderung im Konkurs aufgetreten ist, würde auf diese Weise dieselbe Forderung zweimal im Konkurs zur Berücksichtigung kommen. Das hat das Reichsgericht[144]) mit Recht stets für unzulässig erklärt.

Besonderheiten bietet noch der Rückgriff gegen Mitbürgen. Ist der mithaftende Bürge schlichter Bürge, so wird man entsprechend der subsidiären Haftung des Ausfallbürgen annehmen dürfen, daß er vollen Rückgriff gegen den schlichten Bürgen nehmen darf. Im Verhältnis von schlichtem und Schadlosbürgen muß der volle Verlust den ersteren treffen, denn er haftet in erster Linie.

Mehrere Ausfallbürgen dagegen, die in gleicher Linie nebeneinander haften, werden untereinander zu gleichen Teilen haften. § 774, § 426. Ist außerdem ein schlichter Bürge vorhanden, dann hat jeder der Ausfallbürgen in Höhe seines Anteils Rückgriffsmöglichkeit gegen diesen. Es muß aber auch dem zahlenden Ausfallbürgen gestattet sein, sofort vollen Regreß gegen den schlichten Bürgen zu nehmen. Denkbar, wenn freilich praktisch wohl selten, ist die Haftung mehrerer Ausfallbürgen hintereinander. Hier hat immer der Letzte vollen Rückgriff gegen den Vorhergehenden.

Haftet ein Mitbürge als schlichter Bürge nur für einen Teil der Hauptforderung, dann kann der für die ganze Forderung haftende Ausfallbürge in Höhe des ganzen Teils, für den der schlichte Bürge haftet, gegen diesen Rückgriff nehmen, aber natürlich nur insoweit, als dieser nicht bereits gezahlt hat.

---

[144]) RG. 14, 172; RG. Recht 1905 Nr. 1445 und andere Entscheidungen.

Schwierigkeiten macht der Rückgriff, wenn ein Mitbürge für den Ausfall an einer Forderung haftet, aber nur bis zu einem gewissen Mindestbetrage, falls nicht einmal dieser beitreibbar ist, der andere dagegen für den Ausfall an der ganzen Forderung. Hier werden bezüglich des Mindestbetrages beide Ausfallbürgen gleichrangig nebeneinander stehen, also untereinander zu gleichen Teilen Rückgriffsmöglichkeit haben. Bezüglich des überschießenden Betrages aber hat der für den Ausfall an der ganzen Forderung haftende Bürge allein den Verlust zu tragen. Ist dagegen der für den Mindestbetrag haftende Bürge schlichter Bürge, dann hat jener Ausfallbürge bis zur Höhe dieses Betrages vollen Regreß gegen den schlichten Bürgen, wenn dieser Mindestbetrag vom Hauptschuldner nicht beitreibbar war und wenn und soweit auch der schlichte Bürge ihn nicht gezahlt hat.

Alle hiermit für den Rückgriff aufgestellten Sätze sind selbstverständlich durch Parteivereinbarung frei abänderbar.

8. Kapitel.

§ 11.

Eigentliche und uneigentliche Erlöschungsgründe.

Bezüglich des Wegfalls der Ausfallbürgschaft spielen, da die Schadlosbürgschaft eine Bürgschaft unter aufschiebender Bedingung ist, die Gründe, die die Bürgenverpflichtung überhaupt nicht erst entstehen lassen (uneigentliche Erlöschungsgründe)[145]), eine größere Rolle als die eigentlichen Erlöschungsgründe.

Ein eigentlicher Erlöschungsgrund liegt vor, wenn die Ausfallforderung selbst, d. h. die Forderung, die durch den Ausfall bestimmt wird, untergeht, z. B. durch Erlaß des nicht beitreibbaren Restes der Forderung. Selbst-

[145]) Von Erlöschungsgründen kann hier insofern gesprochen werden, als die Anwartschaft auf Erwerb des Bürgschaftsanspruchs, die bereits als Recht angesprochen wird (vergl. oben S. 49 Anm. 127), erlischt. Uneigentliche Erlöschungsgründe mögen sie heißen, weil doch immerhin die Bürgenverpflichtung vor Eintritt der Bedingung des Ausfallnachweises noch nicht zur Entstehung gekommen ist.

verständlich kann auch die Ausfallbürgenverpflichtung als solche aufgehoben werden.

Zu den Gründen, die ein Entstehen der Bürgenverpflichtung verhindern (uneigentliche Erlöschungsgründe), gehört vor allem der Untergang der Hauptverpflichtung. Sowohl die selbstschuldnerische wie die gewöhnliche Ausfallbürgschaft kommen bei ihrem Untergang nicht zur Entstehung. Vereinigen sich ferner Hauptschuld und Ausfallbürgschaft in einer Person, dann ist ein Entstehen der Schadlosbürgenhaftung ebenfalls undenkbar. Vereinigen sich dagegen Hauptschuld und schlichte Bürgschaft, so wird, wenn für die Verpflichtung des schlichten Bürgen ein Ausfallbürge bestellt war, insoweit die schlichte Bürgschaft als fortbestehend gedacht, so daß also die Entstehung der Haftung des Schadlosbürgen nicht unterbunden ist. Dies entspricht der sonst herrschenden Rechtsansicht[146]), wonach bei Vereinigung von Bürgschaft und Hauptschuld in einer Person die Bürgschaft insoweit als fortbestehend gilt, als der Gläubiger dadurch günstiger gestellt wird. Des weiteren folgt das daraus, daß ja der Schadlosbürge für die Hauptverbindlichkeit haftet, wenn freilich auch nur insoweit, als sich bei der Vollstreckung gegen den schlichten Bürgen ein Ausfall ergibt. Die Hauptverbindlichkeit besteht weiter; läßt sich daher feststellen, daß bei Vorgehen gegen den schlichten Bürgen — abgesehen von einer Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaft — ein bestimmter Ausfall eingetreten wäre, so ist die Bedingung für die Inanspruchnahme des Ausfallbürgen gegeben.

Schwierigkeiten macht vor allem die Frage, inwieweit die Entstehung der Verpflichtung des selbstschuldnerischen Schadlosbürgen dadurch berührt wird, daß die dingliche Sicherheit, die zur Befriedigung dient, der Bürge, der für die Forderung haften sollte, wegfällt oder das Liquidationsverfahren, in dem sich der Ausfall eventuell ergeben sollte, abgebrochen wird.

Die dingliche Sicherheit kann wegfallen einerseits (abgesehen von der Grundschuld) durch Untergang der persönlichen Forderung; dieser Fall interessiert hier nicht,

[146]) Vergl. z. B. Enneccerus Bd. I, 2 § 415, II; Oertmann § 767 Anm. 2b und § 766 Anm. 1b; A. M. Colack S. 568, 5b; teilweise abweichend auch Westerkamp S. 115 ff.

weil damit ohne weiteres die akzessorische Bürgenverpflichtung auch in Wegfall kommt; andererseits durch Untergang des Pfandobjekts oder durch Parteivereinbarung. Im ersten Fall muß die Verbindlichkeit des Ausfallbürgen insoweit bestehen bleiben, als sich feststellen läßt, daß sich bei Befriedigung aus dem Pfandobjekt für den Gläubiger ein bestimmter Ausfall ergeben hätte. Denn wenn ein solcher Ausfall als sicher feststellbar ist, kann die Bedingung, unter der der Bürge haftet, als eingetreten angesehen werden. Für den häufig schwierigen Nachweis des Ausfalls ist der Gläubiger beweisbelastet. Ist das Pfandrecht durch Parteivereinbarung aufgehoben, dann ist es allerdings sehr leicht möglich, daß damit auch der Schadlosbürge von seiner Verbindlichkeit befreit werden sollte. Im Zweifel aber wird man auch hier ein Fortbestehen der Bürgenhaftung annehmen müssen, soweit ein Ausfall als sicher feststellbar ist, denn die Verpflichtung des Ausfallbürgen ist ihrem Wesen nach nur abhängig von der gesicherten Forderung, nicht auch von der dinglichen Sicherheit. Das ist bei der Garantie für eine dingliche Sicherheit, z. B. der Ausbietungsgarantie, anders. Hier hängt die Verpflichtung des Garanten von der Existenz der Sicherheit, d. h. der Hypothek oder Grundschuld, ab.

Aehnliche Schwierigkeiten macht die Frage, ob der Ausfallbürge, der sich verpflichtet hat, für die Verbindlichkeit des Hauptbürgen einzustehen, auch dann noch haftet, wenn die Verbindlichkeit des Hauptbürgen weggefallen ist. Der Parteiwille wird hier häufig ergeben, daß auch Erlöschen der Ausfallbürgenhaftung gewollt ist. Was soll aber im Zweifel gelten? Geht man davon aus, daß die Ausfallbürgschaft in dieser Gestalt zugleich eine Sonderform der Nachbürgschaft ist (vergl. oben S. 21), dann liegt es allerdings nahe, anzunehmen, daß mit Untergang der Hauptbürgschaftsverpflichtung auch die ihr akzessorische Afterbürgschaft zugrunde geht. Entscheidend ist jedoch, daß die Ausfallbürgschaft Einstehen für den Ausfall an der Hauptschuld ist, nur daß der Ausfall allerdings sich hier danach bestimmt, wieviel von dem schlichten Bürgen beizutreiben sein wird. Steht nun fest, daß bei Weiterbestehen der Verbindlichkeit des Hauptbürgen sich ein bestimmter Ausfall ergeben haben würde, dann ist nicht einzusehen, weshalb der Ausfallbürge nicht dafür

einstehen sollte. Denn es ist schon mehrfach festgestellt worden, daß mit Feststehen des Ausfalls die Bedingung eingetreten ist, unter der der Bürge haftet.

Schließlich bleibt noch der letzte Fall, daß das Liquidationsverfahren, bei dem sich eventuell ein Ausfall ergeben sollte, abgebrochen wird. Dies kann in der Weise geschehen, daß Konkurs eröffnet wird, dann haftet der Bürge, wie schon oben dargestellt, für den Ausfall im Konkurs. Andererseits kann Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen werden. Dann ist zu unterscheiden: Es ist möglich, daß nach den Abmachungen der Parteien der Gläubiger zwar die Pflicht hatte, von der Liquidationsgesellschaft seine Forderung herauszutreiben, nicht aber auch gegen die persönlich haftenden offenen Handelsgesellschafter, Komplementare usw. vorzugehen. In diesem Falle wird der Schadlosbürge nunmehr für den Ausfall haften, der sich bei Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ergibt. Es ist aber auch möglich, daß selbst eine Vorausvollstreckung in das Liquidationsvermögen nicht vereinbart war, vielmehr der rein rechnungsmäßige Nachweis eines Ausfalls bei Befriedigung des Gläubigers genügen sollte[47]). In diesem Falle wird auch hier ein solcher Nachweis ausreichen müssen. Praktisch wird sich diese selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft von einer selbstschuldnerischen schlichten Bürgschaft kaum mehr unterscheiden.

Zu den uneigentlichen Erlöschungsgründen gehört ferner das Fehlen der Voraussetzungen für den Ausfallnachweis, mangelnde Sorgfalt des Gläubigers, ferner bei Bürgschaften für den Ausfall aus künftiger Kreditgewährung die Ausübung des hier dem Bürgen zustehenden Kündigungsrechts.

Endlich fragt es sich, wann die Haftung des Ausfallbürgen erlischt, der sich auf Zeit verbürgt hat. Die Lösung ergibt sich aus § 777 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, der sinngemäß anwendbar ist. Der Gläubiger hat nach Ablauf der Zeit unverzüglich mit allen Mitteln gegen den Hauptschuldner vorzugehen und dann dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn auf den Ausfall in Anspruch nähme. Handelt es sich um eine selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft, dann hat der Gläubiger unverzüglich aus der ver-

[47]) Vergl. oben S. 23 f., 30. Dazu LZ. 1920 Nr. 10. — Dresdner Anz. 1920, 744 ff.

sönlichen oder dinglichen Sicherheit Befriedigung zu suchen und den Ausfall dem Bürgen anzuzeigen. Die Bürgschaft für den Ausfall im Liquidationsverfahren trägt die zeitliche Begrenzung schon ohne weiteres in sich. Der Gläubiger hat deshalb nach Abschluß des Verfahrens dem Bürgen unverzüglich den Ausfall anzuzeigen und ihm mitzuteilen, daß er ihn in Anspruch nehme. Wird freilich das Liquidationsverfahren ins Konkursverfahren übergeleitet, dann dauert die Haftung des Schadlosbürgen so lange an, bis der Konkurs abgeschlossen ist. Wird Fortbestand der Gesellschaft beschlossen, so wird nur eine von Fall zu Fall zu treffende Auslegung ergeben können, ob damit die Bürgschaft gegenstandslos geworden ist, oder ob der Gläubiger unverzüglich ins Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken und den Ausfall dem Bürgen anzuzeigen hat, oder ob eine Vollstreckung unnötig, ein etwa rechnungsmäßig feststellbarer Ausfall aber dem Bürgen unverzüglich mitzuteilen ist.

Hält der Gläubiger die wiedergegebenen Bestimmungen nicht ein, dann geht er mit Zeitablauf seines Anspruchs verlustig.

§ 12.

Zusammenfassung.

Die Arbeit wollte in erster Linie eine systematisch erschöpfende Darstellung der Ausfallbürgschaft nebst eingehender Würdigung des einschlägigen Schrifttums geben. Sie wollte aber des weiteren nachweisen, daß die Ausfallbürgschaft in mehrfacher Beziehung Verwandtschaften mit anderen Rechtsfiguren aufweist, und daß die Grenzen zwischen ihnen flüssig sind. Es sollte gezeigt werden, daß die Ausfallbürgschaft in ihrer charakteristischen Gestalt die am meisten subsidiäre Art der Bürgschaft ist, daß sie jedoch in ihren Sonderformen diesen subsidiären Charakter stark abstreifen und der gewöhnlichen selbstschuldnerischen Bürgschaft nahe rücken kann. Die Nachbürgschaft geht, wenn die Zuanspruchnahme des Nachbürgen Vorausklage gegen den Hauptbürgen voraussetzt, in die Schadlosbürgschaft über. Es ist schließlich eine begriffliche Abgrenzung von der Ausfallgarantie angestrebt worden. Diese theoretisch einbeutige Unterscheidung wird zwar in der Praxis nicht selten auf Schwierigkeiten der Anwendung stoßen, weil

hier Uebergänge bestehen, die sich begrifflich nicht vollständig erfassen lassen.

Die begriffliche Festlegung der Ausfallbürgschaft teilt damit das Schicksal aller juristischen Begriffsbildung. Sie hat Existenzberechtigung nur, soweit sie praktischen Bedürfnissen zu dienen geeignet ist. Die unendliche Mannigfaltigkeit des Wirtschaftslebens verleiht immer wieder Rechtsfiguren Leben, die trotz großer Verwandtschaft mit bestehenden doch in nicht unerheblichen Punkten von ihnen abweichen. Die Aufgabe rechtswissenschaftlicher Untersuchung ist es dann, Verwandtschaften und Unterschiede der Rechtsformen klar zu stellen.

Anhang.

Formular 169
aus: Koch-Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch.

An das Bankhaus X. in Y.

Ich verbürge mich hiermit für alle Ansprüche und Forderungen an Kapital, die Sie und Ihre Zweiganstalten gegen Herrn A. in B. aus laufender Rechnung, aus Wechseln, aus gewährten und noch zu gewährenden Krediten irgendwelcher Art oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde bereits erworben haben oder noch erwerben sollten, bis zum Höchstbetrage von RM .....

Ferner verbürge ich mich für die Zinsen, Provision und Spesen der Bürgschaft, sowie für Kosten jeder Art, auch soweit die Zinsen usw. zum Kapital geschlagen werden und dadurch die Bürgschaftssumme überschreiten. Die Bürgschaft erlöscht nicht durch vorübergehende Rückzahlung des Kredites bei Fortbestehen des Kontokorrentverhältnisses. Diese Bürgschaft dient jedoch nur zur Sicherung des Ausfalls, den Sie nach Verwertung der Ihnen von dem Hauptschuldner verpfändeten Wertpapiere (verpfändeten Hypotheken, sicherungsweise übereigneten Gegenstände), nämlich ..... etwa erleiden. Sie sind nicht verpflichtet, vor meiner Inanspruchnahme aus dieser Bürgschaft außer der nach Maßgabe Ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen vorzunehmenden Verwertung der obenbezeichneten Sicherheiten gegen den Hauptschuldner gerichtlich vorzugehen, insbesondere auch nicht, Ihre Befriedigung aus anderen als den vorstehend aufgeführten Sicherheiten zu suchen.

Diese Bürgschaft bleibt auch bei einem etwaigen Wechsel der Inhaber oder bei einer Aenderung der Rechtsform der Firma des Hauptschuldners bestehen.

Ferner erkläre ich ausdrücklich, daß ich alle Maßnahmen und Vereinbarungen, welche Sie zur Geltendmachung Ihrer Forderung für nützlich erachten, als für mich verbindlich anerkenne und Sie, soweit gesetzlich zulässig, von jeglicher Haftung für die Höhe des Ausfalls entbinde. Insbesondere

sollen Sie befugt sein, alle Sicherheiten und Vorzugsrechte, die Ihnen etwa sonst außer den oben angeführten Sicherheiten für diese Schuld bestellt sind oder noch bestellt werden, lediglich nach Ihrem Ermessen zu verwerten und auch aufzugeben, auch etwaige Mitbürgen aus Ihrer Haftung zu entlassen, ohne daß hierdurch der Umfang meiner Bürgschaftsverpflichtung geändert wird, sowie den Erlös aus anderen Sicherheiten oder Zahlungen des Hauptschuldners oder anderer Verpflichteten zunächst auf den die Bürgschaftssumme überschreitenden Teil in Anrechnung zu bringen.

Auch sollen .....

Auf Ihr Verlangen bin ich verpflichtet, für diese Bürgschaft eine Ihnen genehme Sicherheit zu leisten, auch wenn Ihre Forderungen bedingt oder noch nicht fällig sind. Bei der Verwertung aller Sicherheiten befreie ich Sie von den Bestimmungen über den Pfandverkauf, soweit dies gesetzlich zulässig ist.

Ich verzichte hiermit ausdrücklich sowohl auf die Geltendmachung der dem Schuldner zustehenden wie der mir als Bürgen nach dem Gesetz gegebenen Einreden, ferner auf die Einrede der Aufrechnung, soweit nicht in dieser Urkunde andere Vereinbarungen getroffen sind. Ihre Rechte gehen erst dann auf mich als Bürgen über, nachdem Sie wegen Ihrer sämtlichen Ansprüche an den Hauptschuldner vollständig befriedigt sind. Bis dahin gelten meine Zahlungen als Sicherheitsleistungen. Sie sollen jedoch befugt sein, sich nach Feststellung des Ausfalls jederzeit aus den gezahlten Beträgen zu befriedigen. Bei etwaigen Verlängerungen der von Ihnen gegebenen Kredite bleibt diese Bürgschaft in Geltung.

Für alle Rechtsstreitigkeiten aus der Bürgschaft und der Pfandbestellung ist das Amtsgericht X. bezw. das Landgericht Y. ausschließlich zuständig.

Mitteilungen, die sich auf diese meine Bürgschaft beziehen, gelten als mir ordnungsmäßig zugestellt, wenn sie mittels Einschreibebriefes an meine letzte Ihnen bekannt gewordene Adresse abgesandt worden sind.

. . . . . , den . . . . . .

Lebenslauf.

Am 24. Oktober 1907 wurde ich als Sohn des Studienrats Prof. Dr. Bernhard Schröder in Berlin-Friedenau geboren. Ich besuchte von Ostern 1914 bis Ostern 1917 zunächst die Vorschule des Helmholtz-Realgymnasiums in Berlin-Schöneberg, durchlief dann diese Anstalt in 9 Jahren und bestand Ostern 1926 die Reifeprüfung.

Vom Sommersemester 1926 bis zum Wintersemester 1928/29 einschließlich war ich an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin immatrikuliert. Zwei weitere Semester studierte ich dann an der Philipps-Universität zu Marburg a. d. Lahn.

Am 31. Mai 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor der Prüfungskommission am Oberlandesgericht Kassel mit „gut".

Am 24. Juni 1930 wurde ich vom Herrn Kammergerichtspräsidenten zum Referendar ernannt und befinde mich seit dem 1. Juli 1930 im Ausbildungsdienst.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 18. Mai 1931 „cum laude".